

UNIVERSITE DE PARIS
FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES ECONOMIQUES

LA DISTRIBUTION DE DIVIDENDES FICTIFS

CONSÉQUENCES PÉNALES ET CIVILES

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue publiquement le 15 mai 1963

PAR

CONSTANTIN VOUTSIS

MEMBRES DU JURY :

Président : Gaston LAGARDE, Professeur

Suffragants $\left\{ \begin{array}{l} \text{André BESSON, Professeur} \\ \text{Jean HEMARD, Professeur} \end{array} \right.$

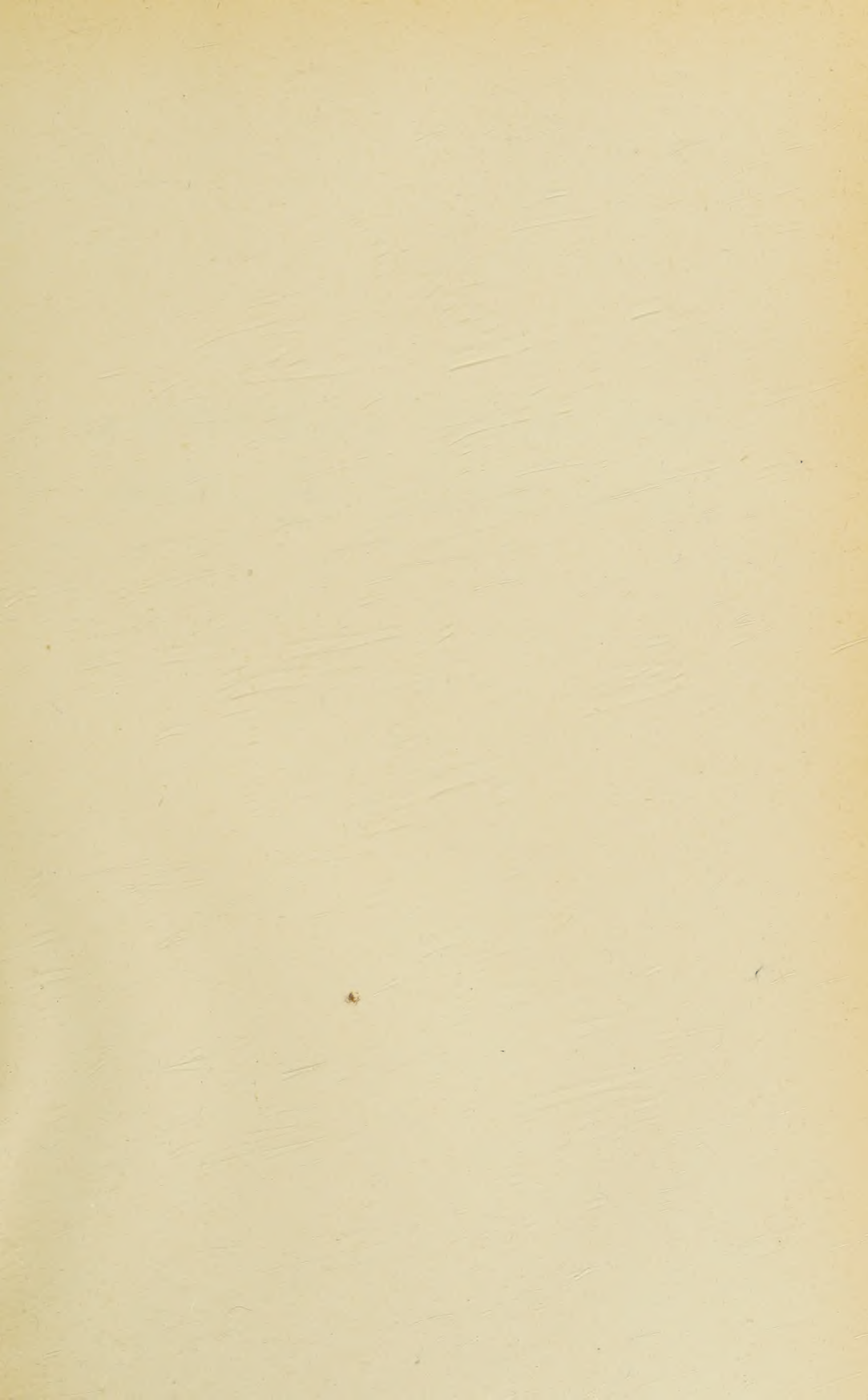
LIBRAIRIE GENERALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS

20, Rue Soufflot (V°)

PARIS

—
1965



LA DISTRIBUTION DE DIVIDENDES FICTIFS
CONSÉQUENCES PÉNALES ET CIVILES



Digitized by the Internet Archive
in 2026

LA DISTRIBUTION DE DIVIDENDES FICTIFS

CONSÉQUENCES PÉNALES ET CIVILES

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue publiquement le 15 mai 1963

PAR

CONSTANTIN VOUTSIS

MEMBRES DU JURY :

Président : Gaston LAGARDE, Professeur
Suffragants } André BESSON, Professeur
 } Jean HEMARD, Professeur



LIBRAIRIE GENERALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS

20, Rue Soufflot (V^e)

PARIS

—
1965

« La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation
aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être considérées
comme propres à leurs auteurs. »

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS UTILISÉES

Codes et Lois

C. civ	Code civil.
C. com.	Code de commerce.
C.G.I.	Code Général des Impôts.
C. pén.	Code pénal.
C. proc. civ.	Code de procédure civile.
C. proc. pén.	Code de procédure pénale.
Décr.	Décret.
Décr.-L.	Décret-Loi.
L.	Loi.

Jurisprudence

Cass.	Cour de Cassation.
Cass. Ch. réun.	Cour de cassation, Chambres réunies.
Cass. civ.	Cour de cassation, Chambre civile (jusqu'en 1947); Cour de cassation, Chambre civile, Section civile (depuis 1947).
Cass. com.	Cour de cassation, Chambre civile, Section commerciale.
Cass. crim.	Cour de cassation, Chambre criminelle.
Cass. Req.	Cour de cassation, Chambre des requêtes.
Trib.	Tribunal.
Trib. civ.	Tribunal civil.
Trib. com.	Tribunal de commerce.
Trib. corr.	Tribunal correctionnel.

Recueils de Jurisprudence

Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambre criminelle.
D.	Dalloz.
D.A.	Dalloz analytique.
D.C.	Dalloz critique.
D.H.	Dalloz hebdomadaire.
D.P.	Dalloz périodique.
Gaz. Pal.	Gazette du Palais.
J.C..P	Jurisclasseur périodique (semaine juridique).
S.	Sirey.

Revues

Ann. dr. com.	Annales de droit commercial.
A.N.S.A.	Publications de l'association nationale des sociétés par actions.
Journ. Soc.	Journal des Sociétés.
Journ. Trib. com.	Journal des Tribunaux de commerce.
Rec. jur. Soc.	Recueil juridique des Sociétés.
Rep. prat. not.	Répertoire général pratique du notariat.
Rev. compt.	Revue de la comptabilité.
Rev. crit.	Revue critique de législation et de jurisprudence.
Rev. franç. compt.	Revue française de comptabilité.
Rev. gén. dr. com.	Revue générale de droit commercial.
Rev. sc. crim.	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé.
Rev. Soc.	Revue des Sociétés.
Rev. sp. Soc.	Revue spéciale de doctrine et de jurisprudence concernant les Sociétés.
Rev. trim. dr. civ.	Revue trimestrielle de droit civil.
Rev. trim. dr. com. ..	Revue trimestrielle de droit commercial.
Rev. trim. Soc.	Revue trimestrielle du droit des sociétés et du droit financier.

INTRODUCTION

Dans toute société organisée, il y a des règles qui sont destinées à en garantir la stabilité, à faire régner l'ordre, à assurer la sécurité des affaires et à harmoniser les rapports entre les personnes, physiques et morales, membres de cette société. Toutes ces règles n'ont pas la même importance et, par suite, ne comportent pas les mêmes conséquences.

En effet, le manquement à certaines d'entre elles ne donne lieu qu'à une réparation du préjudice privé — domaine de la responsabilité civile — tandis que l'inobservation de certaines autres, qui sont considérées comme essentielles pour le maintien de l'ordre social, expose ceux qui l'ont commise à une sanction, sanction qui sera d'autant plus sévère que le trouble social sera plus grave — c'est l'objet de la responsabilité pénale. Cette dernière suppose ainsi, non plus un dommage privé mais un préjudice social. Contrairement à la responsabilité civile qui est une réparation, la responsabilité pénale constitue donc une sanction.

Malgré l'existence des caractères différents, ces deux responsabilités ne s'excluent pas nécessairement ; elles peuvent, au contraire, se cumuler. Il est fréquent, en effet, que le même fait engage à la fois la responsabilité pénale et la responsabilité civile de son auteur. Cela devient plus net avec le législateur moderne dont la tendance est d'assurer plus fortement le caractère obligatoire de la loi en faisant de la violation de la règle juridique un délit pénal et en aggravant la pénalité à raison de l'importance qu'il attache à l'observation de la règle (1).

Si une telle tentation est très généralisée en droit privé (2), elle se manifeste avec une force toute particulière en droit commercial où l'on trouve, sous l'influence de divers facteurs parmi lesquels il faut noter le dirigisme économique et la nécessité de protéger l'épargne, des dispositions de caractère impératif beaucoup plus nombreuses qu'en droit civil. Ces règles obligatoires, qui tendent à enserrer de plus en plus l'activité commerciale, sont souvent assorties de sanctions pénales de sorte que l'on peut parler aujourd'hui d'un « droit pénal des affaires » (3), d'un

(1) G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, n° 128, p. 230.

(2) J. Hemard, *Les sanctions pénales en droit privé*, in *Travaux et mémoires de l'Université de Lille XXV*, p. 8 - 120.

(3) P. Caujolle, *Le droit pénal des affaires*, Paris, 1942.

« droit pénal financier » (4), d'un droit « socio-économique » (5) ou « économique » (6), termes qui couvrent les matières diverses du « droit pénal commercial » (7).

L'appel du droit commercial aux sanctions pénales prend une ampleur particulièrement vaste à l'occasion de la constitution et du fonctionnement des sociétés par actions, (8) sans parler des déchéances et peines que peuvent encourir les administrateurs et gérants en cas de faillite de la société.

C'est ainsi qu'à l'occasion de la constitution d'une société peuvent se produire un certain nombre d'irrégularités que le législateur sanctionne par des peines correctionnelles : délits commis dans la recherche du capital social, délits commis dans l'affirmation ou à l'occasion de l'évaluation du capital social, délit d'émissions d'actions.

D'autres délits spéciaux peuvent être commis par les administrateurs ou gérants au cours de la vie sociale soit qu'ils aient abusé du crédit ou des biens de la société pour leur profit personnel, soit qu'ils aient utilisé les pouvoirs dont ils sont investis dans un intérêt personnel, soit enfin qu'ils se soient rendus coupables de certaines infractions aux règles de la comptabilité des sociétés.

Ces agissements ont une répercussion profonde dans l'économie générale et dans le monde de l'épargne. Ils y accumulent des ruines et y provoquent toujours des préjudices considérables. Nul n'ignore, en effet, après les scandales financiers dont les échos ne se sont pas encore tus qu'en matière de sociétés se manifestent des infractions qui portent une grave atteinte à l'épargne et au crédit public.

Mais parmi tous les délits que les administrateurs ou gérants peuvent commettre au cours de la vie sociale, l'un doit être mis au premier rang parce qu'il est le plus grave et le plus fréquent à la fois : La distribution de dividendes fictifs.

(4) J. Tchernoff, *Traité de droit pénal financier*, 2^e éd., 1931, 3 tomes, avec suppléments 1936 et 1937.

H. Launais, Y. de la Villeguérin et L. Accarias, *Droit pénal financier*, 2 tomes, 1947.

(5) 6^e Congrès International de droit pénal de Rome (1953). V. notamment les rapports présentés sur ce thème in *Rev. int. dr. pén.* 1953, p. 290 et s., et 973 et s.

(6) A. Vitu, *La définition et le contenu du droit pénal économique*, in *Dix ans de conférences d'agrégation, études de Droit Commercial offertes au Doyen Hamel*, Paris, 1961.

(7) M. Patin et P. Caujolle, *Législation pénale en matière commerciale*, Paris, 1943.

(8) *Le Droit pénal spécial des sociétés anonymes, études de Droit Commercial sous la direction et avec une préface du Doyen Hamel*, Paris, 1955.

M. Rousselet et M. Patin, *Délits et sanctions dans les sociétés par actions*, Paris, 1938.

L. Constantin et A. Gautrat, *Traité de droit pénal en matière de sociétés*, Paris, 1937.

En effet, si à l'égard de l'impôt et encouragées par une fiscalité excessive, des sociétés ont intérêt à masquer une partie de leurs bénéfices, (9) dans d'autres cas il peut paraître avantageux à des administrateurs et gérants peu scrupuleux de faire ressortir au bilan des bénéfices substantiels. Dans ces cas, la perspective des bénéfices légitime et inhérente à la nature des sociétés (10), a ouvert la porte à une foule de spéculations et de fraudes pratiquées au moyen d'une exagération plus ou moins consciente du patrimoine social en vue de distributions de bénéfices qui ne correspondent pas à la réalité et qui, de ce fait, portent un grave préjudice à la société elle-même, aux créanciers sociaux et aux actionnaires.

Et tout d'abord, toute répartition de dividendes opérée en l'absence de bénéfices a pour conséquence immédiate d'entamer, dans la mesure des sommes distribuées, le patrimoine social et de priver ainsi abusivement la société d'une partie de ressources destinées à financer ses opérations commerciales et à constituer le gage exclusif de ses créanciers.

D'autre part, si les bénéficiaires de la distribution sont en apparence les actionnaires, en fait, ceux-ci après avoir touché les dividendes risquent de perdre les sommes qu'ils ont apportées à la caisse sociale lors de la souscription de leurs titres. Loin d'avoir l'esprit éveillé par l'élévation anormale des bénéfices accusés par les écritures sociales, ils n'y voient que le résultat d'une gestion heureuse dans le passé, et le gage de profits intéressants dans l'avenir.

Il n'est pas difficile de connaître les motifs qui déterminent les dirigeants de sociétés à distribuer au moyen d'une comptabilité fausse ou inexacte des dividendes fictifs. Ménager un crédit factice de la société, lui permettre de prolonger son existence, faciliter une émission d'actions nouvelles ou d'obligations, dissimuler les résultats déficitaires de leur gestion sont parmi les principaux.

D'autres raisons encore poussent des spéculateurs peu scrupuleux à des répartitions de bénéfices qui ne sont qu'apparences. Ils veulent, par exemple, donner aux actions une valeur qui ne correspond pas à la réalité et transmettre, par la suite, celles qui leur appartiennent et qui ne sont pas bloquées comme actions de garantie de la caisse sociale à un prix avantageux, ou, ce qui est plus rare, ils ne visent qu'à bénéficier de distributions rendues impossibles par des bénéfices médiocres ou inexistantes.

De tels avantages suffisent pour conduire des administrateurs et gérants dans la voie périlleuse des distributions de dividendes fictifs.

Par ailleurs les administrateurs ou les gérants, sont d'autant plus poussés à la distribution qu'il leur est facile d'y procéder à l'insu des associés et des tiers.

(9) V. L. Rives, *Obsession fiscale et administration des entreprises*, thèse, 1959.

(10) Cass. ch. réun., 11 Mars 1914, D. 1914.1.257, note signée L.S., S. 1918-1919.1.103.

En effet, la confection d'un inventaire est chose malaisée. Les articles sont nombreux et leur évaluation par les dirigeants de sociétés serait peut-être susceptible de modifications. De plus, la lecture, pour quiconque n'est pas fait à ce genre d'opérations, en est difficile pour ne pas dire impossible (11).

On voit ainsi que la distribution de dividendes fictifs présente pour le juriste un intérêt tout particulier pour cette double raison parce qu'elle constitue un délit qui est le plus grave et le plus fréquent à la fois parmi tous les autres délits que les administrateurs ou les gérants peuvent commettre au cours de la vie sociale, et parce qu'elle se situe au confluent du droit pénal financier, du droit de la responsabilité civile et du droit de la comptabilité.

Cette étude a justement pour objet d'envisager les conséquences pénales et civiles de la violation des règles applicables à la détermination des bénéfices et à leur distribution aux associés à titre de dividendes. Il s'agit de mettre en valeur l'œuvre du législateur, en cette matière, et d'en montrer l'esprit grâce aux applications jurisprudentielles et aux interprétations doctrinales. Nous nous efforcerons ainsi de montrer comment certains dirigeants de sociétés cherchent à échapper à l'application des règles concernant la distribution de bénéfices aux membres de la société, dans quelles conditions leur responsabilité pénale et civile est engagée et quelles sont les conséquences de cette responsabilité.

Mais, auparavant, il nous paraît utile, pour une compréhension meilleure des problèmes soulevés à ce propos, de mettre en relief certaines relations entre l'importance de la recherche des bénéfices, comme objet exclusif des sociétés, et la signification que prennent ces bénéfices quant aux engagements pris par les membres de la société.

L'un des droits appartenant à l'associé en cette qualité et qui apparaît le plus important à ses yeux, est celui de toucher une part des bénéfices de l'exploitation sociale (12). Ainsi, lorsqu'on parle de bénéfices, il faut faire une distinction essentielle suivant qu'on envisage la question de leur existence ou celle de leur destination. Il n'est pas exact de confondre le bénéfice avec le dividende qui, en principe, n'est autre chose qu'une portion de bénéfices attribués par les organes compétents de la société, suivant les règles légales et statutaires, aux membres de toute société. Chaque associé doit donc prendre une part dans les bénéfices réalisés par la

(11) V. P. Lassègue, *Comptabilité de l'entreprise*, Paris, 1961.

P. Husson, *Le langage comptable*, Paris, 1956.

R. Le Poittevin, *Répression et comptabilité*, Paris, 1953.

J. Thielland, *Traité de comptabilité technique, juridique et économique*, Paris, 1954.

(12) V. J. Hamel et G. Lagarde, *Traité de droit commercial*, t. 1, N° 401 et s.

M. Meyssan, *Les droits des actionnaires et des autres porteurs de titres dans les sociétés anonymes*, avec une préface de J. Brèthe de la Gressaye, Paris, 1962.

société car c'est là que réside la cause de son obligation. Ce qui détermine, en effet, les participants à se grouper en société c'est « avant tout et surtout de faire des bénéfices et de les partager » (13).

On conçoit dès lors que la notion de bénéfice soit appelée à jouer un grand rôle dans la vie des sociétés.

Rigoureusement, la question de savoir s'il y a ou non bénéfice ne devrait être résolue qu'au moment de la liquidation de la société, alors qu'il n'y a plus d'éventualités à craindre. Les bénéfices, les pertes et les dépenses des différentes années devant à cette époque se compenser mutuellement, les dirigeants de sociétés pourraient établir les comptes définitifs, et l'assemblée, en voyant le résultat, distribuerait les bénéfices s'il était bénéficiaire.

Ainsi, alors même qu'à un moment donné, pendant la durée de la société, il serait établi que des bénéfices ont été réalisés, on n'en pourrait pas conclure que ces bénéfices dussent être partagés actuellement puisque les bénéfices pourraient être annihilés par des pertes ultérieures.

Mais cette distribution est une conception toute théorique de l'esprit qui ne pouvait s'harmoniser avec les nécessités impérieuses de la pratique.

En effet, les exigences de l'associé en général et de l'actionnaire en particulier sont plus grandes et, par conséquent, la réalisation d'un bénéfice éloigné ne leur suffit pas. C'est une répartition périodique qui seule peut répondre à ses exigences. Il ne fait pas de doute que si les actionnaires ne pouvaient pas toucher un revenu périodiquement, il y aurait peu de capitalistes qui accepteraient d'investir leurs fonds dans les sociétés. Aussi la pratique a-t-elle imaginé une institution fort judiciaire : le système de l'exercice social.

Cette pratique, qui n'est pas en contradiction avec la loi, est si bien établie, elle répond à des nécessités si évidentes, qu'une clause expresse des statuts n'est même pas nécessaire pour autoriser une société à répartir en fin d'exercice ses bénéfices. D'ailleurs cette règle consacrée par l'usage du commerce n'a plus été contestée depuis un arrêt (14) de la Cour de cassation du 14 février 1810. Le principe de la répartition périodique des bénéfices se présente ainsi comme l'une des pièces fonda-

(13) H. Capitant, De la cause des obligations, 2^e éd. n° 19, p. 53. - La vocation de chaque associé aux bénéfices constitue le critère de distinction entre la société et l'association. Aux termes mêmes de l'article 1832 C. Civ., la société a en effet essentiellement pour but la poursuite d'un bénéfice à partager entre ses membres, alors que l'association, ainsi que l'exprime formellement l'article 1^{er} de la loi de 1901, est exclusive de toute idée de partage de bénéfices. V. Pichon, Les caractères distinctifs des associations, thèse, Paris, 1905 ; Pic, Du contrat d'association et du contrat de société, Rev. trim. dr. civ. 1906, p. 471 ; Hayem, Domaines respectifs de l'association et de la société, thèse, Paris, 1907 ; Kayser, Sociétés et associations, thèse, Nancy, 1928.

(14) Cass. civ., 14 févr. 1810, Journal de cassation 1810, p. 72.

mentales sur lesquelles repose tout l'édifice des sociétés commerciales en général et des sociétés par actions plus spécialement (15).

Cette répartition est une répartition définitive en ce sens que les associés ayant touché, en périodes prospères, la part qui leur revenait sur les bénéfices réalisés pendant les époques considérées ne doivent pas rapporter ces bénéfices au cas où, en fin de société, le résultat total se traduirait par une perte. La solution contraire, en dépit de sa rigueur logique, serait trop opposée aux nécessités économiques pour pouvoir triompher en droit. Elle mettrait les associés dans un état d'inquiétude perpétuelle. A quoi servirait, en effet, de leur distribuer des bénéfices s'ils devaient les conserver en vue d'un rapport éventuel ? Ainsi la répétition des bénéfices, une fois leur distribution effectuée, n'est plus possible par suite des pertes éprouvées durant les années suivantes s'ils étaient effectivement réalisés au moment de la clôture de l'exercice ayant donné lieu à leur répartition. C'est cette part de chaque associé dans la répartition périodique de bénéfices qu'on appelle dividende et dont le montant est, en principe, variable avec le chiffre de bénéfice réalisé, et l'importance illimitée, en raison des risques que court normalement l'associé (16).

En principe, les actionnaires ont une part égale aux dividendes. Cependant il existe des actions dites de priorité qui ont droit à certains avantages, soit sur les sommes revenant à chaque action, soit sur l'ordre de paiement lors de la répartition (17).

C'est ainsi qu'on peut convenir dans les statuts ou décider en assemblée générale extraordinaire de servir aux actions de priorité un dividende fixe, d'attribuer, ensuite, si les résultats de l'exercice le permettent, un dividende de la même grandeur aux actions ordinaires et enfin répartir

(15) V. G. Ripert et R. Roblot, *Traité élémentaire de droit commercial*, 5^e éd. t. 1, 1963, n^{os} 762 et 1436.

(16) Au cours de la guerre de 1939-1945, les pouvoirs publics avaient, pour des raisons d'ordre économique et social, limité le montant des dividendes distribuables au dividende le plus fort distribué dans l'une des trois dernières années avant la guerre ou à défaut à 6 % du capital social. Cette limitation, d'abord atténuée par la loi du 31 janvier 1944 qui a permis une majoration de 20 %, a été supprimée par l'ordonnance du 15 Août 1945 (art. 68). V. J. Hamel, *La limitation des dividendes et des tantièmes*, A.N.S.A., 1941, br. 40 ; Boitard, *La limitation des bénéfices commerciaux*, préface Ripert, 1944 (Prix Rossi).

(17) La création des actions de priorité constitue une atteinte directe au principe de l'égalité. Ainsi a-t-il fallu une intervention législative pour que leur validité fût reconnue (L. 16 nov. 1903, mod. art. 34 c. com.), La loi du 1^{er} Mai 1930 en proclamant, d'autre part, l'omnipotence de l'assemblée générale extraordinaire et en condamnant au moins implicitement toutes restrictions statutaires éventuelles, avait abrogé l'interdiction statutaire, expressément prévue par l'art. 34 C. com. Désormais aucune clause des statuts ne peut donc empêcher l'assemblée générale des actionnaires de décider l'émission d'actions de priorité. Hamel et Lagarde, t. 1, n^o 54 ; P. Pic et J. Kreher, *Des sociétés commerciales* (ancienne collection Thaller), 3^e éd. t. II, 1948, n^{os} 813 et s. V. aussi, Cordonnier, *De l'égalité entre actionnaires*, thèse, Paris, 1924 et *Journ. soc.* 1924, p. 417 et 481 ; H. Decugis, *Les actions de priorité*, 3^e éd. 1911 ; Thaller, *Des divers emplois possibles de priorité*, *Journ. Soc.* 1912, p. 394.

éventuellement le solde comme superdividende à toutes les actions au *pro-rata* de leurs droits dans la société. On peut aussi, lorsque les résultats d'un exercice ne permettent pas de servir le dividende fixe, conférer un dividende cumulatif aux actions de priorité. L'actionnaire prioritaire cumule dans cette hypothèse le dividende fixe de l'exercice déficitaire antérieur avec le dividende afférent à l'exercice excédentaire. En outre, le dividende prioritaire peut être consenti aussi bien pour toute la durée de l'existence sociale que pour un terme certain ou incertain.

Le principe de la répartition périodique admis, toute société devra, en fin d'exercice, déterminer d'une manière aussi précise que possible l'état de ses affaires en vue de distribuer aux associés et autres intéressés (administrateurs, porteurs de parts bénéficiaires, fisc et éventuellement au personnel) les bénéfices qui en résulteront (18). C'est le but de la comptabilité en général et du bilan plus particulièrement de donner à cet égard les indications précises sur la valeur nette du patrimoine social, de déterminer à la fois la situation de l'entreprise et ses résultats. Le bilan en fin d'exercice apparaît ainsi comme ayant une valeur juridique certaine, en ce qu'il fixe les droits des participants aux bénéfices.

Le bilan d'une société n'est autre chose que le résumé de sa situation active et passive. C'est le document comptable par excellence. Les résultats obtenus par la société au cours d'un exercice sont, en effet, exprimés par la différence entre l'actif et le passif du bilan, laquelle doit correspondre au solde du compte de pertes et profits. Ce solde maintient donc l'équilibre du bilan en apparaissant tantôt du côté de l'actif, s'il y a perte, tantôt du côté du passif, s'il y a bénéfice.

Ainsi le résultat peut-il être obtenu par deux voies :

1° par le compte de pertes et profits (19), qui d'après le plan comptable, réunit le solde du compte d'exploitation générale (résultats « normaux » de l'exploitation durant l'exercice) et les autres éléments de nature exceptionnelle ou ayant leur origine dans un autre exercice (pertes ou profits sur exercices antérieurs, pertes ou profits exceptionnels etc) ;

2° par le bilan (20) qui décrit en même temps la situation active et passive de la société.

L'actif du bilan est constitué de l'ensemble des valeurs figurant dans le patrimoine social au jour de la clôture de l'exercice tandis que le pas-

(18) V. M. Cousin, Le bénéfice distribuable et sa répartition entre les ayants droit dans les sociétés anonymes, thèse, Nancy, 1951.

(19) V. Blanchenay, Le compte Profits et Pertes et la distribution des bénéfices dans les sociétés, thèse, Paris, 1935. — A l'expression traditionnelle Profits et Pertes, la pratique moderne a substitué celle des Pertes et Profits qui correspond mieux à la présentation matérielle des comptes (Débit, Crédit).

(20) V. J. Lair, Etudes analytiques de bilans commerciaux, industriels et financiers, Paris, 1961, préface M. Patin ; A. Dalsace, Le bilan, sa structure — Ses éléments, 2^e éd. avec le concours de M. Mareuse, Paris, 1958 ; P. Strohl, Les comptes et le bilan des entreprises, Paris, 1953.

sif est composé de l'ensemble des droits qui s'exercent sur l'actif tels que les droits des créanciers sociaux, les droits des associés sur le capital social, les réserves etc... En d'autres termes, tous les biens qui constituent le patrimoine social sont portés à l'actif pour leur réalité et au passif pour leur finalité. Cela explique pourquoi on trouve parmi les postes du passif les comptes du capital, des réserves etc... On peut dès lors définir l'exercice comme l'ensemble des droits et charges afférents à une période donnée. A cette période une pratique constante, consacrée par le Code de commerce et la loi de 1867 qui exigent l'annualité du bilan, a donné en principe une durée d'un an.

Mais il ne faut pas perdre de vue que les comptes utilisés pendant l'exercice ne conduisent pas directement aux comptes de résultat et au bilan. Il faut, avant de pouvoir les exploiter, effectuer un certain nombre de corrections et reclassements appelés travaux de fin d'exercice, ou inventaire comptable, et procéder à un inventaire physique, dit extra-comptable.

C'est ainsi qu'il faut déterminer les charges et les produits qui se rapportent à l'exercice, évaluer le stock final, tenir compte de certaines dépréciations — dépréciations des immobilisations, dépréciations probables de certains biens ou créances — c'est-à-dire tenir compte des amortissements et provisions. Le calcul du bénéfice suppose, donc, l'évaluation des éléments de l'actif et du passif, ce qui implique non seulement une appréciation quantitative, mais aussi qualitative et subjective de la part des dirigeants de sociétés. L'appréciation personnelle des dirigeants de la société a ainsi la plus haute importance dans le calcul des bénéfices annuels.

Pour assurer une bonne et loyale gestion des affaires sociales et empêcher les distributions de dividendes fictifs par les administrateurs ou gérants qui sont d'autant plus poussés à cette distribution qu'il leur est facile d'y procéder au moyen d'une majoration de l'actif ou d'une minoration du passif du bilan, le législateur a eu recours à des moyens préventifs et au système de responsabilité qui sanctionne et répare, une fois les fraudes commises.

A cet égard, il faut distinguer suivant qu'il s'agit des sociétés de personnes, d'une part, et des sociétés par actions ou de la société à responsabilité limitée, d'autre part.

a) Les sociétés de personnes sont caractérisées par la confusion qui existe entre le patrimoine social et le patrimoine personnel des associés en nom. Le législateur ayant estimé que la solidarité qui lie ces derniers et la possibilité pour chaque associé d'exercer une surveillance personnelle et constante sont des garanties suffisantes pour les tiers et pour les associés eux-mêmes, n'a ni obligatoirement établi d'organes de contrôle ni expressément réglementé la responsabilité civile des gérants de la société en nom collectif et en commandite simple. Il n'a pas non plus créé pour ces deux types de sociétés de délit spécial de distribution de dividendes fictifs.

b) *Sociétés par actions et Sociétés à responsabilité limitée.* C'est surtout dans les entreprises constituées sous ces deux formes que le problème de la lutte contre les distributions de dividendes fictifs prend une importance considérable en raison de l'absence de confusion entre le patrimoine social et le patrimoine personnel des associés, et aussi de l'insuffisance du contrôle personnel de ces derniers. Il y a certes dans les sociétés en commandite par actions, comme d'ailleurs dans les commandites simples, les commandités qui répondent sur toute leur fortune du passif commun. Mais ici cette responsabilité est isolée et affaiblie.

Aussi le législateur a-t-il organisé une double garantie.

La première consiste en une réglementation minutieuse des droits et attributions des administrateurs et gérants et dans le contrôle exercé sur eux par les assemblées générales et par les commissaires de surveillance. Pour éclairer l'assemblée, les commissaires de surveillance doivent faire un rapport général qui doit signaler les irrégularités et inexactitudes dans les écritures sociales. De plus, les actionnaires ont le droit de prendre communication au siège social, avant la réunion de l'assemblée, des pièces telles que le bilan, les inventaires, le rapport du conseil de surveillance, etc., qui peuvent les éclairer sur la situation réelle de la société (21).

Mais il peut arriver et arrive souvent que malgré toutes ces précautions, des dividendes fictifs soient distribués. En ce cas, le législateur a eu recours à des moyens répressifs contre les administrateurs et gérants de sociétés et à une réglementation précise de la responsabilité civile des organes de gestion et de contrôle. A un contrôle sévère, qui pourrait s'exercer avant que les actes de gestion ne soient accomplis, le législateur a ainsi préféré un système de responsabilité (22) qui sanctionne et répare, une fois les fautes commises. Ce système plus souple peut, d'ailleurs, par ses effets comminatoires assurer une protection préventive. Les notions d'obligations et de peine se rattachent ainsi aux principes fondamentaux du droit dont elles ne peuvent que suivre l'évolution.

Cette étude, à laquelle nous passons, comprend d'abord l'examen de la responsabilité pénale des administrateurs ou gérants et de leurs complices en matière de dividendes fictifs dans les sociétés par actions et les sociétés à responsabilité limitée, puis les conséquences civiles, c'est-à-dire

(21) V. C. Heurteux, L'information des actionnaires et des épargnants, avec une préface de A. Tunc, et un avant-propos de F. Goré, Paris, 1961.

Le commissaire aux comptes dans les sociétés françaises. (Publication de l'ordre des experts-comptables et des comptables agréés), Paris, 1962.

(22) G. Lagarde, De la société anonyme à l'entreprise publique, in Le Droit privé français au milieu du XX^e siècle, Mélanges Ripert, t. II, p. 308 et s.

la responsabilité civile des organes de gestion et de contrôle du fait de la distribution de dividendes fictifs dans toutes les sociétés commerciales, et la répétition des dividendes fictifs contre tous les associés qui ont irrégulièrement touché ces dividendes. Cela nous conduit à adopter pour nos développements la division bipartite suivante.

I^{re} partie — La responsabilité pénale : le délit de distribution de dividendes fictifs.

II^e partie — Les conséquences civiles de la distribution de dividendes fictifs.

PREMIERE PARTIE

LA RESPONSABILITÉ PÉNALE :
LE DÉLIT DE DISTRIBUTION DE DIVIDENDES FICTIFS

Parmi les délits prévus par la loi du 24 juillet 1867, la distribution des dividendes fictifs est le plus grave et le plus fréquent à la fois.

Ce délit, qui nous place « au cœur du droit commercial, dans le domaine où les réalités de ce droit sont si complexes qu'elle ne peuvent s'exprimer aisément que sous la forme algébrique des formules comptables » (1) n'était, cependant, point inventé en 1807, c'est-à-dire à l'époque de la promulgation du Code de commerce. Les commandites par actions et les sociétés anonymes étaient à peu près inconnues, et nul ne pouvait soupçonner les abus qui ont rendu nécessaires la loi de 1856 et celle de 1867. On est alors en droit de dire que l'histoire du délit de distribution de dividendes fictifs commence avec celle du développement des sociétés de capitaux (2).

En effet, si à part quelques modifications de détail, la législation française sur les sociétés par intérêt est restée au début du XX^e siècle, ce qu'elle était un siècle auparavant, il en va tout autrement de la législation sur les sociétés par actions, qui a subi au cours du siècle dernier et au début de ce siècle tous les contre-coups des transformations économiques. Le machinisme, combiné avec la liberté du commerce et de l'industrie, consacrée par la loi du 2 mars 1791, a nécessité une concentration de plus en plus grande de capitaux. La société par actions est devenue la forme juridique par excellence qui en permit le rassemblement. Le législateur s'est trouvé ainsi dans l'obligation d'édicter une réglementation des sociétés de capitaux, susceptible de protéger efficacement les actionnaires, sans paralyser pour autant l'essor économique du pays.

C'est dans cet esprit que les rédacteurs du Code de commerce cherchèrent un compromis entre l'interventionnisme et la liberté en créant deux types de sociétés par actions, complètement différents : le type traditionnel de la compagnie de finances dénommée société anonyme par le Code, soumis à l'autorisation gouvernementale, autorisation toujours révocable, donnée en la forme de règlement d'administration publique, c'est-à-dire le Conseil d'État entendu ; et un type nouveau, la commandite par ac-

(1) J. Hamel, Préface au droit pénal spécial des sociétés anonymes, op. cit., p. 11.

V. aussi :

R. Savatier, Droit des affaires, N^{os} 84 et s.

J. Masclet, La mathématique, la comptabilité et le droit patrimonial, Paris, 1960.

A. Dalsace, A propos des rapports entre le droit des sociétés, la comptabilité et les mathématiques, Rev. trim. dr. com. 1950, p. 173.

P. Garnier, La comptabilité algèbre du droit, Paris, 1947.

(2) V. G. Ripert, Aspects juridiques du capitalisme moderne, 2^e éd., N^{os} 20 et s. ; Lescœur, Essai historique et pratique sur la législation des sociétés commerciales en France et à l'étranger, 1874, publication d'un mémoire couronné par la Faculté de Droit de Paris.

tions, affranchi de tout contrôle, la présence d'un ou plusieurs commandités responsables du passif, apparaissant une garantie suffisante.

Mais cette absence de contrôle permit à des financiers sans scrupules de se livrer, avec l'argent des actionnaires, à des spéculations désastreuses. Les scandales financiers qui se succédèrent atteignirent des proportions telles que le législateur s'émut. Un projet de loi sur les sociétés fut déposé en 1838 sur le bureau de la Chambre (1). Il demandait la suppression des commandites par actions, et organisait dans les sociétés anonymes la responsabilité civile des administrateurs et des actionnaires, coupables les uns d'avoir distribué, les autres d'avoir reçu des dividendes qui n'étaient pas représentés par « des bénéfices nets constatés par les inventaires ».

Par suite de circonstances diverses, ce projet n'aboutit pas.

Après cette tentative législative, la loi du 17 juillet 1856 avait institué dans les commandites par actions pour la première fois le délit spécial de distribution de dividendes fictifs. Elle frappait, dans son article 13, des peines de l'escroquerie « les gérants qui en l'absence d'inventaire ou au moyen d'inventaires frauduleux ont opéré entre les actionnaires la répartition de dividendes non réellement acquis à la société ».

Cette disposition fut reprise dans l'article 31 de la loi du 23 mai 1863 sur les sociétés anonymes qui n'étaient pas sujettes à l'autorisation gouvernementale, sociétés dites « à responsabilité limitée ». Ce texte menaçait également des peines de l'article 405 du Code pénal « les administrateurs qui, en l'absence d'inventaire ou au moyen d'inventaires frauduleux, ont opéré ou laissé opérer sciemment et sans opposition la répartition de dividendes non réellement acquis ».

Ce n'est qu'en 1867 que la loi, faisant état des solutions intervenues sous le régime des lois de 1856 et de 1863, venait unifier la législation précédente et consacrer expressément dans les sociétés anonymes et les commandites par actions le délit de distribution de dividendes fictifs.

En effet, les articles 15-4° et 45 de la loi de 1867 punissent des peines de l'escroquerie les gérants des commandites par actions et les administrateurs des sociétés anonymes dans le cas où « en l'absence d'inventaire ou, au moyen d'inventaires frauduleux, ils ont opéré entre les actionnaires la répartition de dividendes fictifs ».

On trouve les mêmes dispositions dans la loi du 7 mars 1925 sur les sociétés à responsabilité limitée. En vertu de l'article 38, alinéa 3 de cette loi, la distribution de dividendes fictifs a été érigée en délit correctionnel.

La distribution de dividendes fictifs a été relevée fréquemment com-

(1) Projet de loi du 16 Février 1838, *Moniteur* du 16 Février 1838.

me un élément caractéristique de la manœuvre frauduleuse constitutive du délit d'escroquerie (2).

On sait, en effet, que les quatre éléments (3) constitutifs du délit d'escroquerie sont les suivants :

1° L'usage de faux noms ou de fausses qualités, ou encore de manœuvres frauduleuses ;

2° L'obtention, grâce à ces moyens, des fonds, meubles ou valeurs remis par la victime ;

3° L'existence d'un préjudice ;

4° L'intention frauduleuse.

Il ne sera donc pas difficile dans la plupart des cas de trouver ces éléments constitutifs du délit d'escroquerie dans la distribution de dividendes fictifs.

En effet, les manœuvres frauduleuses doivent, selon les termes mêmes de l'article 405 du Code pénal, tendre à persuader l'existence de fausses entreprises, d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire ou à faire naître l'espérance ou la crainte d'un succès, d'un accident ou de tout autre événement chimérique.

Il en résulte que, si de simples mensonges même produits par écrit, ne peuvent constituer la manœuvre frauduleuse dans le sens où l'entend la jurisprudence, c'est-à-dire d'une mise en scène, il en est tout autrement lorsqu'à ces mensonges se joint un fait extérieur leur donnant créance (4). Alors, on peut concevoir une manœuvre frauduleuse consistant à distribuer des dividendes afin de faire croire à l'existence d'une prospérité réelle de la société et procéder, par la suite, à une augmentation de capital ou à l'émission d'un emprunt obligataire. Il n'y a là qu'une mise en scène frauduleuse dont la distribution de dividendes fictifs constitue l'élé-

(2) A. Becquey, La distribution de dividendes fictifs, n° 120 et s. Cass. crim., 26 janv. 1871, S. 1872.1.95 ; Cass. crim., 9 mai 1885, S. 1885.1.521 ; Cass. crim., 11 juill. 1930, S. 1933.1.159 ; Cass. crim., 22 févr. 1935, Journ. Soc., 1935, p. 492 ; Rouen, 26 juill. 1912, D.P. 1916.2.113 ; Douai, 18 avr. 1929, Rev. Soc., 1929, p. 421 ; Trib. corr. Seine, 27 juill. 1910, Rev. Soc., 1910, p. 443.

(3) M. Patin, P. Caujolle et N. Audalot, Droit pénal général et législation pénale appliquée aux affaires, 3^e éd. refondue par J. Robert, p. 103.

C. Pinoteau, Législation pénale en matière économique et financière, p. 1 et s.

M. Rousselet et M. Patin, Précis de droit pénal spécial, 6^e éd. n° 650.

(4) M. Patin et P. Caujolle, Législation pénale en matière commerciale, p. 70.

Rousselet et Patin, op. cit., p. 432.

Cass., 28 mars 1924, S. 1925.1.330 ; Cass., 15 mai 1931, S. 1932.1.398 ; Cass., 6 févr. 1932, S. 1933.1.198.

ment essentiel en raison de l'influence qu'elle exerce sur les actionnaires et les tiers (5).

Ainsi, le fait par l'administrateur ou gérant d'une société par actions de considérer l'établissement du bilan et la distribution des dividendes non comme le résultat loyal d'une gestion sérieuse, mais comme un moyen d'affirmer une situation prospère qui, en réalité, n'existe pas, constitue une manœuvre frauduleuse (6).

Il semble bien, alors, que les auteurs du bilan frauduleux, au vue duquel les dividendes fictifs ont été distribués, pourront être poursuivis soit en vertu des dispositions spéciales en matière de délits de sociétés, soit par application de la disposition générale de l'article 405 du Code pénal.

C'est dans ce sens que la Chambre criminelle de la Cour de cassation s'est prononcée dans son arrêt du 22 février 1935 :

« Attendu qu'il est en vain soutenu que la prévenue n'était pas poursuivie pour distribution de dividendes fictifs dans les termes de la loi du 24 juillet 1867, les évaluations inexactes qui lui sont reprochées ne constitueraient que des allégations mensongères, non caractéristiques par elles-mêmes du délit d'escroquerie ; que la publication de faits faux par l'intermédiaire de tiers, journaux ou démarcheurs, constitue, en l'état des constatations qui précèdent, une manœuvre frauduleuse, et qu'il en est de même de la distribution de bénéfices inexistantes en vue d'obtenir des souscriptions à de nouvelles émissions » (7).

Cependant, malgré l'existence du délit d'escroquerie, le législateur a estimé que le danger d'une distribution de dividendes fictifs était tel qu'il importait, tout en assortissant cette dernière des peines de l'escroquerie, de la sanctionner elle-même comme un délit spécial aux sociétés par actions et à responsabilité limitée.

D'ailleurs, le délit d'escroquerie suppose une victime, une lésion subie par un patrimoine et doit, de ce fait, être envisagé dans son résultat même s'il n'y a que tentative, car l'auteur d'une tentative d'escroquerie poursuivait l'enrichissement de son patrimoine personnel par l'appauvrissement du patrimoine de la victime (8). Il n'en est pas de même du

(5) Constantin et Gautrat, *op. cit.*, n° 66, p. 91 et s.

Tchernoff, *op. cit.*, t. 1, n° 535, p. 538.

Cass. crim., 11 juill. 1930, S. 1933.1.159 ; Douai, 18 avr. 1929, Rev. Soc. 1929, p. 421.

(6) Cass. crim., 9 mai 1885, D.P. 1886.1.89, note Garraud.

(7) Cass. crim., 22 févr. 1935, Journ. Soc. 1935, p. 488 ; Comp. Trib. corr. Dunkerque, 1^{er} févr. 1928, Rev. Soc. 1928, p. 430.

(8) Patin, Caujolle et Audalot, *op. cit.*, p. 108.

Pinoteau, *op. cit.*, n° 14, p. 10.

J. Charpentier et J. Hamelin, *Traité pratique des bilans et inventaires*, 2^e éd., § 547, p. 463.

V. aussi, P. Moitessier, *De la tentative d'escroquerie*, thèse, Aix, 1907.

délit de distribution de dividendes fictifs qui, par contre, peut-être consommé indépendamment du résultat pécuniaire immédiatement obtenu.

Ce caractère propre du délit est encore reconnu malgré l'existence du nouveau délit du bilan inexact.

Rappelons sur ce point que sous le régime de la loi de 1867, la fraude dans les inventaires ou bilans n'était pas en elle-même considérée comme délictueuse et, en conséquence, la présentation d'un faux bilan n'était réprimée qu'en tant qu'élément constitutif d'un autre délit. Il en était ainsi du délit de simulation et publication de faits faux (9) destinés à obtenir des souscriptions ou des versements, du délit de distribution de dividendes fictifs, prévus tous deux aux alinéas 1 et 3 de l'article 15 ancien et maintenus en 1935 dans les alinéas 2° et 4° du même article nouveau, ou encore des manœuvres frauduleuses permettant d'atteindre le bilan inexact en tant qu'élément du délit d'escroquerie (10).

Depuis lors, l'article 15 a été refondu par le décret-loi du 8 août 1935 qui, en faisant de la présentation du bilan inexact un délit autonome, permet de le frapper alors même qu'il n'aurait servi à aucune sollicitation de valeurs quelconques ou n'aurait donné lieu à aucune distribution de dividendes fictifs.

En effet, suivant les articles 15-5°, 45 de la loi de 1867, et 38, alinéa 4 de la loi du 7 mars 1925, sont punis des peines de l'article 405 du Code pénal les administrateurs ou gérants qui, même en l'absence de toute distribution de dividendes « ont sciemment publié ou présenté aux actionnaires un bilan inexact en vue de dissimuler la véritable situation de la société ».

Cependant il est généralement admis que le bilan, pour être inexact au sens de la loi, doit comporter des inexactitudes assez importantes et susceptibles, par conséquent, de modifier sensiblement « la véritable situation de la société » (11). La conséquence en sera pratiquement que la nouvelle incrimination se différenciera de la sorte du délit de distribution de dividendes fictifs qui peut par contre, être consommé quelque minime que soit le dividende illégalement distribué aux actionnaires.

Rares sont, en effet, les décisions relatives à l'application de nouvelles dispositions légales constituant le délit de présentation ou de publication

(9) C. Gavalda, Simulation et publication de faits faux, in *Le Droit pénal spécial des sociétés anonymes*, op. cit., p. 46 et s.

(10) Rousselet et Patin, *Délits et sanctions*, op. cit., n° 504.

Constantin et Gautrat, op. cit. n°s 607 et 608.

Cass. crim., 4 août 1933, S. 1935.1.159, Gaz. Pal. 1933.2.783, Rev. trim. Soc. 1933, p. 583 ; Douai, 18 avr. 1929, Journ. Soc. 1931, p. 291 ; Trib. corr. Seine, 21 déc. 1932, Journ. Soc. 1933, p. 592 ; Trib. corr. Seine, 9 juill. 1934, Rev. trim. Soc. 1934, p. 318.

(11) Copper-Royer, *Du délit de bilan faux*, Rev. Sp. Soc. 1936, p. 898.

Pinoteau, op. cit., n° 329, p. 253.

d'un bilan inexact (12). Les tribunaux ne paraissent, en fait, disposés à utiliser l'arme dangereuse que le législateur leur a confiée, et, de ce fait, préfèrent généralement s'en tenir au délit de distribution de dividendes fictifs (13).

En outre le délit de distribution de dividendes fictifs doit être poursuivi même dans le cas où les administrateurs ou gérants avaient distribué les dividendes en dehors de toute publication ou approbation du bilan par l'assemblée générale des actionnaires (14).

Il n'en reste cependant pas moins vrai que la réforme du 8 août 1935 a une large portée théorique et que, désormais, les administrateurs et gérants ont un devoir absolu de faire connaître aux actionnaires, sans aucune dissimulation, la véritable situation de la société.

A ce point de vue, les sous-estimations de l'actif, l'établissement d'amortissements ou de provisions exagérés ou inconsiderés sont sanctionnés pénalement — ce qui, au point de vue économique, peut être contestable — à l'égal de majorations de valeurs d'actif ou de minorations de valeurs de passif qui sont les procédés généralement employés par les dirigeants de sociétés lorsqu'ils distribuent des dividendes fictifs (15).

Ayant ainsi esquissé le domaine du délit de distribution de dividendes fictifs et signalé ses liens avec le délit d'escroquerie et de présentation ou de publication de bilan inexact auxquels il s'apparente étroitement et se confond assez souvent, il importe maintenant de l'étudier dans ses éléments constitutifs matériels pour examiner ensuite l'élément moral qui pose, en définitive, le problème de l'imputation et de la répression.

(12) V. un exemple typique : Cass. crim. 18 déc. 1956, D. 1957. 705, note Dalsace. cf. J. Larguier, Mauvaise foi et faux bilan (Réflexions sur l'arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 18 décembre 1956), in Dix ans de conférences d'agrégation. Etudes de Droit commercial offertes à Joseph Hamel, p. 291 et s.

(13) J. Hamel et G. Lagarde, *Traité de droit commercial*, t. I, n° 720, p. 847.

(14) H. Lefavre, *La régularité du bilan des sociétés par actions*, p. 133.

(15) J. Molierac, *Le délit du bilan mensonger*, Rev. Soc. 1936, p. 143.

CHAPITRE I

LES ELEMENTS MATERIELS DU DELIT

Il est généralement admis, en doctrine et en jurisprudence, que l'application des textes instituant le délit de distribution de dividendes fictifs est subordonnée, exception faite de l'élément intentionnel que nous étudierons au chapitre suivant, à la réunion d'autres éléments, objectifs, qui sont les suivants :

— Le premier élément du délit c'est que la distribution ait été opérée en l'absence d'inventaire ou au moyen d'un inventaire frauduleux.

— Il faut, en second lieu, que le dividende distribué aux actionnaires soit fictif.

— La distribution effective des dividendes est, enfin, le troisième élément nécessaire du délit.

Certains auteurs (1) ajoutent à cette analyse élémentaire du délit un autre élément constitutif en subdivisant la distribution effective des dividendes en deux éléments distinctifs. D'une part, le fait de la distribution en tant que telle. D'autre part, le caractère de dividendes de sommes mises en distribution.

Mais il n'y a là qu'une subdivision sans intérêt décisif (2) et la question de savoir sur quoi porte la distribution doit être examinée en même temps qu'elle.

Nous allons, donc, examiner successivement chacun de ces éléments objectifs du délit.

(1) V. notamment, Charpentier et Hamelin, *op. cit.*, § 534, p. 452.

(2) A. Bruzin, « Les dividendes fictifs », *Jurisclasseur des sociétés*, t. VI bis, fasc. 148 - 1, n° 22.

SECTION I. — L'INVENTAIRE OU LE BILAN ET LE DROIT

Il est à peine utile d'insister sur l'importance capitale de l'exactitude de l'inventaire qui sert de base à l'établissement du bilan. Si l'inventaire est mal établi, il est impossible de présenter à l'assemblée générale des actionnaires un bilan clair et sincère, ce qui peut avoir les conséquences les plus graves au point de vue pénal.

En effet, les articles 15-4° et 45 de la loi de 1867 sur les sociétés par actions et l'article 38 de la loi de 1925 sur les sociétés à responsabilité limitée visent, comme premier élément du délit de distribution de dividendes fictifs, la répartition faite en l'absence d'inventaires ou au moyen d'inventaires frauduleux.

Il importe à cet égard de remarquer, qu'au point de vue de l'application de ces textes, le mot « inventaire » doit être entendu au sens de « inventaire ou bilan ». On doit donc considérer qu'il y a identité, au sens de la loi pénale, entre un inventaire frauduleux et un bilan frauduleux.

L'inventaire est généralement défini comme l'état estimatif et détaillé, c'est-à-dire par article, relatif à un patrimoine d'une personne physique ou morale et établi à une date déterminée (3).

Le bilan est, aux termes de l'article 35 ancien de la loi de 1867, le résumé de l'inventaire. On ne saurait déduire que le législateur a eu l'intention de modifier cette définition légale, lorsqu'il a complété et modifié l'article 35 en ne faisant pas reproduire les mots « résumant l'inventaire » (4).

Sur ce point, la jurisprudence, d'accord avec la doctrine, est bien établie et assimile à l'inventaire le bilan comme étant « un inventaire présenté sous une forme résumée » (5). L'absence d'inventaire ou l'inexactitude de celui-ci sont, donc, les premiers signes sinon les plus apparents de l'existence du délit de distribution de dividendes fictifs.

(3) E. Folliet, *Le bilan dans les sociétés anonymes*, p. 18 ; A. Dalsace, *Le bilan, sa structure, ses éléments*, n° 11001, p. 7 ;

L. Batardon, *L'inventaire et le bilan*, p. 1.

(4) Dalsace, *op. cit.*, n° 12002, p. 33. V. aussi J.-C. Soyer, *Les délits relatifs au bilan*, in *Le droit pénal spécial des sociétés anonymes*, *op. cit.*, p. 217.

(5) Launais, *De la Villeguérin et Accarias*, *op. cit.* t. I, n° 431, p. 344 ; Copper-Royer, *Traité des sociétés anonymes*, 4 éd. t. II, n° 248, p. 170 ; H. Villard, *De la fraude dans les bilans*, p. 5-9. Cass. crim., 11 juin 1925, *Journ. Soc.* 1925, p. 647. - Il faut assimiler à la falsification de l'inventaire, celle du compte des pertes et profits, car, étant donné que le solde de ce compte est incorporé dans le bilan, il fait partie des écritures de l'inventaire au sens des articles précités. Ce compte présente la situation sociale sous son aspect dynamique par l'intervention de la notion du temps, tandis que le bilan sous son aspect statique, c'est-à-dire à un moment donné.

En ce qui concerne l'absence, la jurisprudence se montre assez large car, à ses yeux, l'inventaire peut être remplacé par un état ou un compte rendu permettant de connaître la situation active ou passive de la société (6). On peut, en effet, concevoir que les administrateurs ou gérants, sans procéder à un inventaire détaillé, se sont contentés de faire un exposé sommaire sur un état de situation plus ou moins complet ou sur des feuilles volantes ou, encore, se sont bornés à fournir oralement des explications (7). D'une manière générale, la doctrine et la jurisprudence estiment que l'on doit entendre par inventaire, au point de vue de la consommation du délit de distribution de dividendes fictifs, tout état de situation pourvu qu'il soit complet et accepté par l'assemblée générale des actionnaires (8).

Dans ces conditions, on peut dire que le délit de distribution de dividendes fictifs basé sur l'absence d'inventaire est extrêmement difficile à réaliser et n'est pas de nature à se présenter fréquemment (9).

D'ailleurs, il paraît sans grand intérêt de rechercher si les documents, sur la base desquels la distribution des dividendes a été effectuée, présentent le caractère d'inventaire puisque dans l'une ou l'autre hypothèse, les dividendes étant fictifs, le délit est caractérisé (10).

On s'est demandé si la distribution d'un dividende contraire à un inventaire régulier tombait sous le coup de la loi. La négative doit être admise, car, en matière pénale, les textes ne peuvent être suppléés et, par conséquent, l'article 10 de la loi de 1867 qui règle l'action en répétition des dividendes fictifs distribués en l'absence de tout inventaire ou en dehors de ses résultats n'est pas applicable ici.

Il s'ensuit que, si les dirigeants de sociétés procédaient à une distribution de dividendes fictifs contraires aux résultats constatés par l'inventaire, un des éléments du délit ferait défaut et le délit ne serait pas consommé à moins que l'on ait présenté à l'assemblée générale des actionnaires un autre inventaire frauduleux (11).

Toutes ces considérations nous amènent, finalement, à étudier la notion d'inventaire frauduleux ou plus exactement à rechercher le principe

(6) Cass. crim., 24 avr. 1891, D.P. 1893.1.49 ; Paris, 19 mars 1883, D.P. 1883.2.428 ; 5 août 1890, D.P. 1893.1.49 ; 2 déc. 1936, Journ. Soc. 1937, p. 659.

(7) Launais, De la Villeguérin et Accarias, op. cit., t. I, n° 431, p. 344 ; Tchernoff, op. cit., t. I, n° 391, p. 398 ; E. Nourissat, Des éléments constitutifs du délit de distribution de dividendes fictifs, p. 43 et s. - Lyon, 12 mars 1886, D. P. 1886.2.136 ; 16 mars 1899, D.P. 1900.2.139 ; Trib. corr. Seine, 20 sept. 1884, Rev. Soc. 1884, p. 688.

(8) Becquey, op. cit., n° 132, p. 98 ; Patin et Caujolle, op. cit., p. 147, - Paris, 5 août 1890, D.P. 1893.323 ; 2 déc. 1936, Journ. Soc. 1937, p. 659.

(9) C. Houpin et H. Bosvieux, Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations, 7^e éd. t. II, n° 1359, p. 603.

(10) Charpentier et Hamelin, op. cit., § 539, p. 455.

(11) A. Vial, Des délits commis à l'occasion des sociétés commerciales, p. 174.

auquel obéit la détermination des bénéfices par les écritures sociales, qui sont l'inventaire, le bilan et les comptes de pertes et profits, afin de préciser par la suite, ses applications aux divers postes du bilan et mettre ainsi en évidence le premier élément constitutif du délit.

§ I. *Le principe de la sincérité du bilan*

Le montant du bénéfice effectivement réalisé à la fin de chaque année ressort, finalement, de l'examen du bilan résumant les résultats de l'inventaire, établi le jour de la clôture de l'exercice. Il est déterminé par la comparaison de l'actif et du passif et constitué non pas par la différence entre les dépenses et les recettes de l'exercice mais par l'excédent de l'actif sur le passif. Celui-ci comprend, en plus de dettes de la société, le capital et tous les comptes assimilés, notamment les réserves (12).

Ceci donne une importance particulière aux règles concernant la confection de l'inventaire et l'établissement du bilan qui en constate et en résume les résultats. Rien ne démontre ainsi mieux que la comptabilité, longtemps limitée au seul domaine financier, soit maintenant unie au droit par des règles relatives à la présentation du bilan et l'évaluation de ses principaux postes (13).

Or, la subtilité des opérations comptables, apte à donner aux personnes compétentes un reflet sensiblement exact de la réalité, peut devenir, dans les mains expertes de certains administrateurs et gérants, un instrument d'illusion, et de ce fait, les écritures sociales au lieu de refléter le droit arrivent souvent à le masquer (14).

En effet, le jeu des écritures ne suffit pas pour révéler la situation exacte d'une société car, tout en étant conforme aux livres, un bilan ou un inventaire pourrait reposer sur des données fausses. Ce bilan ou inventaire ne serait alors exact et risquerait au point de vue pénal, de constituer le premier élément du délit, si, avant de l'établir définitivement, aucune rectification d'écritures n'était pas faite pour modifier la valeur des éléments divers dont il se compose.

(12) Hamel et Lagarde, t. I, n° 258, p. 310 et s.; Ripert et Roblot, t. I, n° 1448; Charpentier et Hamelin, op. cit., § 39, p. 66. V. A. Amiaud, *Traité des comptes de réserves dans les sociétés par actions*, 2^e éd., Paris, 1920; P. Besnard, *Du rôle et de la forme d'investissement des réserves dans les sociétés industrielles et commerciales*, thèse, Paris, 1927; J. Lacombe, *Les réserves dans les sociétés par actions*, thèse, Nancy, 1961, avec une préface de R. Roblot, Paris, 1962.

(13) Hamel, *La réglementation du bilan dans les sociétés par actions*, Ann. dr. com. 1931, p. 283, et 1932, p. 5^e; L. Julliot de la Morandière, *Droit et comptabilité*, Rev. franç. compt. 1961, p. 197 et s.; R. Savatier, *Vocation de la comptabilité au regard du droit d'aujourd'hui*, Rev. franç. compt. 1960, p. 247 et s. F. Goré, *La comptabilité commerciale et le droit*, in *Dix ans de conférences d'agrégation*, op. cit., p. 89 et s. V. aussi A. Horace, *Le plan comptable officiel de 1947*, Journ. Soc. 1948, p. 216; *Projet de réglementation du bilan*, in *Travaux de la Commission de réforme du Code de commerce et du droit des sociétés*, t. IV, p. 526 à 574.

(14) Bourcart, note sous Cass. Req., 10 déc. 1918, S. 1920.1.289.

Rappelons, à cet égard, que l'inventaire est le résultat d'une triple opération que les administrateurs doivent faire avant la distribution des dividendes aux actionnaires : 1° en premier lieu, il faut faire la totalisation des comptes figurant sur le grand livre et leur groupement par catégories de même nature ; 2° il faut, en deuxième lieu, faire le récolement extra-comptable de valeurs actives et passives réellement existantes ; 3° enfin, la troisième opération consiste dans le rapprochement de résultats fournis par les deux premières opérations et dans la régularisation des comptes, d'où résulte l'établissement des chiffres définitifs qui servent à la confection du bilan (15).

Le bilan étant, donc, un relevé résumé de l'actif et du passif, son établissement pose nécessairement la question de l'évaluation et de la régularisation de ses divers éléments d'après certaines règles qui obligeront les administrateurs et gérants de faire un bilan complet, clair et exact.

Ces règles sont les règles ordinaires suivant lesquelles doit être établi tout inventaire commercial. Elles ne se trouvent dans aucun texte mais tendent toutes à ce que le tableau de la situation de la société fourni par le bilan soit sincère et aussi exact que possible. La notion de bénéfice et, par voie de conséquence, la réalité ou la fictivité du dividende distribué aux actionnaires sont ainsi étroitement liées à la notion de sincérité du bilan (16).

Il est vrai que des règles ont été édictées par le pouvoir exécutif, mais elles ne sont applicables qu'aux entreprises qui ont déjà révisé leur bilan depuis 1945 ou qui le réviseront dans l'avenir. Les entreprises doivent en effet sous peine de perdre les avantages fiscaux attachés à la révision, se conformer aux nouvelles règles de présentation du bilan ainsi qu'aux définitions et aux règles d'évaluation contenues dans le décret du 7 août 1958. Par conséquent, sauf pour certaines autres catégories particulières de sociétés (17), il n'existe pas de règles légales objectives et détaillées relatives à la confection du bilan.

Le législateur n'ayant pas posé de règles pour la tenue et, surtout, pour la confection des bilans à présenter aux assemblées générales des actionnaires, la jurisprudence, suivie par la doctrine, s'est efforcée à discerner le bilan frauduleux du bilan exact, en se servant du principe légal de sincérité qui doit guider les administrateurs et gérants lorsqu'ils établissent un bilan (18).

(15) Batardot, *op. cit.*, p. 15 et s ; Barrault, *La notion de dividendes fictifs*, p. 47 et s.

(16) J. et E. Escarra et J. Rault, *Traité théorique et pratique de droit commercial. Les sociétés commerciales*, t. I, n° 250, p. 278 ; Ripert et Roblot, t. I, n° 1445.

(17) Sociétés d'assurances, Décr.-L. 14 Juin 1938 et règlements d'administration publique postérieurs. Etablissements de banques, L. 13 juin 1941.

(18) Ripert et Roblot, t. I, n° 1437 et s. ;

Houpin et Bosvieux, t. II, n° 1319, p. 539 et s. ;

F. Arthuys, *Traité des sociétés commerciales*, t. II, n° 645, p. 194 ; Cor-donnier, note sous Cass. crim., 11 juill. 1930, D.P. 1932.1.145.

Celui-ci n'est rigoureusement exact que s'il joint à l'énumération complète — sans omissions (19), ni additions (20) — des divers éléments actifs et passifs composant le patrimoine social, la sincérité des évaluations. Le bilan doit, en d'autres termes, être sincère, et les différents éléments qui y sont mentionnés ou incorporés doivent faire l'objet d'une évaluation ni supérieure ni inférieure à la réalité (21).

La notion de valeur étant ainsi prédominante dans le bilan, la question se pose de savoir suivant quelles règles on doit faire, d'une part, l'évaluation de l'actif et, d'autre part, les rectifications nécessaires donnant lieu aux amortissements et aux provisions.

A. — LE PROBLÈME DE L'ÉVALUATION DU PATRIMOINE SOCIAL

La nécessité où se trouvent les administrateurs et gérants de formuler à chaque instant des évaluations, introduit dans l'étude du délit de distribution de dividendes fictifs le problème de l'estimation.

Ce problème se présente sous un double aspect. Il faut non seulement estimer les valeurs composant le patrimoine social lors de leur entrée dans ce patrimoine, mais chaque année il faut, en établissant le bilan de fin d'exercice, réviser cette évaluation et rechercher la valeur réelle en s'appuyant sur ce que le bilan a pour double fonction de rendre compte de la situation sociale et de déterminer le dividende à distribuer.

C'est là un des problèmes les plus difficiles qu'ont à résoudre les administrateurs et gérants lorsqu'ils établissent les bilans (22). On voit par là que la détermination du bénéfice ne ressort point mathématiquement du mécanisme comptable mais qu'elle dépend en définitive de l'appréciation des dirigeants de sociétés qui, de ce fait, sont responsables de toute surévaluation.

Multiples sont les systèmes proposés formulant les règles sur la base desquelles l'estimation des valeurs devrait être faite (23). On peut citer parmi eux, le système de la valeur objective ou celui de la valeur subjective, la théorie de la valeur individuelle et de la valeur commune, celles de la valeur raisonnée, de la valeur de rendement, la méthode de la valeur liquidative et les théories du prix de revient, du prix de remplacement, du cours du jour.

(19) Lyon, 12 mars 1885, D.P. 1886.2.136 ; Trib. corr. Seine, 17 oct. 1932, Rev. trim. Soc. 1933, p. 205.

(20) Douai, 18 avr. 1929, Journ. Soc. 1931, p. 284 ; Paris, 2 déc. 1936, Journ. Soc. 1937, p. 659.

(21) Rousselet et Patin, Délits et sanctions, op. cit., n° 234, p. 179 ; Chevallier, Les décrets-lois, 1935, p. 125 ; Soyer, Les délits relatifs au bilan, in Le droit pénal spécial des sociétés anonymes, op. cit., p. 215 et s.

(22) Hamel et Lagarde, t. I, n° 268 ; Ripert et Roblot, t. I, n° 457.

(23) V. Dalsace, op. cit., N°s 151 et s.

Il ne fait pas de doute que l'idéal serait que les estimations données aux éléments du bilan soient strictement objectives mais la valeur réellement objective est rare ou inexistante (24).

En effet, dans la vie économique, les différents biens matériels et immatériels revêtent une importance inégale dans les comparaisons qu'on établit entre eux. Lorsqu'ils donnent lieu à un échange, cette importance se concrétise par le prix qui en donne en quelque sorte la mesure mais s'ils ne sont pas échangées, leur caractère primordial est fondé sur l'utilité, ou ce qui revient au même sur l'usage que l'on peut en faire, donc toujours subjectif.

D'autre part, il ne faut pas oublier qu'il s'agit ici d'un bilan de fin d'exercice, que la société continue sa vie et son exploitation et que, par conséquent, le bilan ne doit pas rassembler des chiffres exprimant la valeur de liquidation, comme il est proposé par les auteurs de ce système, mais la valeur d'exploitation qui est très différente (25).

En ce qui concerne le système de la valeur individuelle et de la valeur commune (26), il ne fait, pratiquement, qu'une application du prix de revient pour les valeurs d'usage et du cours du jour pour les valeurs d'échange.

Quant au système de la valeur raisonnée, qui s'applique surtout à l'évaluation des valeurs de bourse, il consiste à faire un examen détaillé de la situation économique de la société d'où il ressortira la valeur réelle des titres, valeur qui ne sera nécessairement, ni le prix de revient ni le prix courant du titre. Ce système conduirait logiquement à l'examen du bilan par experts qui pourraient aboutir à des valeurs raisonnées fort différentes (27).

C'est pour les titres, encore, qu'on a proposé le système de la valeur de rendement qui consiste à capitaliser d'après les dividendes distribués qui souvent, ont peu de rapport avec les bénéfices réalisés dont on cherche justement la détermination.

Si l'on s'en tient aux trois derniers systèmes, c'est-à-dire celui du prix de revient, du cours du jour ou du prix de remplacement, qui sont en définitive les seuls restant en présence, auquel convient-il de donner la préférence pour assurer la réalité du bénéfice et éviter une distribution de dividendes fictifs faite au moyen d'un bilan frauduleux ?

Il est difficile de donner une réponse catégorique à cette question car chacun de ces trois systèmes présente des avantages et inconvénients et

(24) Charpentier et Hamelin, op. cit., § 60 et s.

(25) P. Lassègue, *Gestion de l'entreprise et comptabilité*, p. 190 ; Hamel, *Cours de droit commercial complémentaire*, 1955-1956, p. 18.

(26) Charpentier et Hamelin, op. cit., § 75, p. 97.

(27) Batardon, op. cit., p. 252 et s. ;
Dalsace, op. cit., n° 15105, p. 95.

répond en réalité, à des conceptions différentes du rôle du bilan dans la vie sociale.

a) *Système du prix de revient*. — Dans ce système, tous les éléments de l'actif, sans distinction de nature, doivent figurer au bilan pour leur prix de revient, c'est-à-dire pour le prix d'achat augmenté le cas échéant, des frais accessoires ou, s'il s'agit des éléments créés par la société, pour le coût réel de production.

L'inconvénient du système du prix de revient peut être résumé dans les objections suivantes :

1°) Dans les exploitations qui mettent en mouvement de nombreux produits conjoints, ou un produit principal et des sous-produits, il est pratiquement impossible de connaître exactement le prix de revient de chacun d'eux. Le problème à résoudre est celui de l'analyse des charges non par nature (28) mais par destination, problème qui, rendu difficile dans le commerce par la nécessité de répartir les charges générales sur tous les articles, se complique davantage dans l'industrie. Il existe, sans doute, plusieurs méthodes à résoudre ce problème de l'imputation des charges, mais, les plus perfectionnées impliquent la mise sur pied d'un système complexe d'organisation qui augmente lourdement les charges de la société (29).

2°) Il n'est pas admissible que deux éléments identiques ayant une même valeur puissent être estimés pour des prix différents dans le cas où la date d'achat est différente pour chacun d'eux ou le coût réel de production n'est pas, comme c'est normal, le même dans toutes les sociétés.

3°) D'autre part, les éléments de l'actif que possède une société proviennent souvent des apports faits par les associés et, dans ce cas, le prix de revient n'est pas le résultat d'une méthode scientifique mais la valeur de convention dont la loi de 1867 a même pris soin d'en régler la procédure de détermination (30).

4°) Enfin, toutes les fois que le cours du jour lui est inférieur, le prix de revient fait ressortir des bénéfices fictifs et, de ce fait, il se trouve condamné dans ce cas par la jurisprudence (31).

(28) P.C.G., 1957, p. 30.

(29) Lassègue, op. cit., p. 359 et s.

(30) Ripert et Roblot, t. I, n° 1072 et s. ; Houpin et Bosvieux, t. I, N° 712 et s ; Charpentier et Hamelin, op. cit., § 64, p. 88. V. aussi J. Hybord, Le problème de l'évaluation des apports en nature dans les sociétés par actions et les sociétés à responsabilité limitée, thèse, Lyon, 1930.

(31) Cass. 9 déc. 1902, S. 1903.1.262 ; Lyon, 16 mars 1899, D. 1900.2.137 ; Trib. corr. Seine, 25 juin 1951, J.C.P. 1952.11.6656, note B.H., Rev. trim. dr. com. 1952, p. 49, commentaire de M. le Doyen Bouzat, Journ. Soc. 1952, p. 214. V. J.-C. Soyer, Les délits relatifs au bilan, in Le droit pénal spécial des sociétés anonymes, op. cit., p. 230 et s.

Il y a cependant des arguments favorables à l'adoption du système d'évaluation au prix de revient, et la jurisprudence en tient compte tout au moins lorsque le cours du jour est supérieur au prix de revient. Dans cette hypothèse, l'estimation au prix de revient ne tient pas compte de la valeur des éléments actifs au moment de l'établissement du bilan, et elle permet, ainsi, de connaître le résultat réel des opérations de l'exercice considéré.

En outre, le prix de revient est le seul parmi tous les prix possibles d'évaluation qui présente un caractère scientifique et peut, par conséquent, se mettre au service de l'entreprise sociale et de sa gestion (32).

b) *Système du cours du jour.* — D'après ce système qui se trouve juste à l'opposé du précédent, le prix qui doit servir de base à l'évaluation des éléments actifs du patrimoine social ne doit être autre que le cours du jour. Celui-ci est le seul conforme à l'objet du bilan qui est de faire connaître, à un moment donné, la situation de la société. Il faut donc attribuer aux biens de l'actif la valeur qu'on en tirerait si on les réalisait à la fin de chaque exercice au cours du jour.

On voit ainsi que le point de départ que l'on rencontre à la base de cette théorie est que le bilan, du fait que la loi elle-même impose sa confection annuelle, éveille l'idée d'une situation actuelle établie nécessairement au prix courant.

Les partisans de cette méthode d'évaluation avancent, en outre, d'autres arguments favorables à son adoption qui, on doit reconnaître, ne manquent pas de force (33).

Ils sont essentiellement les suivants :

1° Le cours du jour, étant la valeur d'échange du bien au jour de l'établissement du bilan, peut seul assurer l'unité de la base d'évaluation pour tous les éléments du patrimoine social ;

2° Le cours du jour, étant connu par sa publication dans les diverses cotes officielles et les mercuriales, évite tout arbitraire dans l'estimation qui se trouve ainsi résulter de la seule loi économique de l'offre et de la demande ;

3° En vertu du principe de l'indépendance des exercices, chaque exercice clos doit passer ses valeurs actives et passives à l'exercice suivant au prix que ce dernier serait obligé de payer pour se les procurer sur le marché.

Il faut cependant remarquer que le bilan doit non seulement établir la situation de la société, mais encore fixer le chiffre des résultats obtenus.

(32) J. Aubert-Krier, *Gestion de l'entreprise*, p. 428 et s.

(33) Wahl, notes, S. 1901.1.537 ; S. 1901.2.297.

En conséquence, l'établissement d'un bilan est, avant tout, un acte de gestion dont les principes les plus souvent admis par la jurisprudence et la doctrine sont basés sur des considérations de prudence, pour la raison que le législateur a toujours songé à éviter les dividendes fictifs. Quand l'inventaire ou le bilan, sur la base duquel la distribution des dividendes a été faite, est établi d'après le prix du marché, on obtient le bénéfice escompté s'il y a plus-value (34), tandis que s'il est établi d'après le prix de revient, on obtient le bénéfice réalisé s'il n'y a pas de moins-value.

On admettra, d'autre part, difficilement que le prix courant se maintienne si la société procédait vraiment à la réalisation immédiate de son actif. Le danger est surtout grand s'il s'agit d'une société assez puissante pour peser sur les cours en raison de l'importance de ses stocks.

De plus, l'estimation au cours du jour (35) ne s'applique utilement qu'aux biens qui ont un cours, mais pour les autres, et notamment pour la plupart des installations et les demi-produits, le prix devra faire l'objet d'une évaluation nécessairement incertaine.

Pour toutes ces considérations, le prix courant, ou prix du marché ou valeur vénale (36) doit donc, en principe, être écarté tout au moins dans l'hypothèse où il est supérieur au prix de revient.

c) *Le prix de remplacement.* — Le système du prix de remplacement, d'après lequel la valeur d'un bien serait égale à la somme nécessaire pour le remplacer à la date de l'établissement du bilan, pourrait jouer un grand rôle dans une période d'instabilité monétaire ou de progrès technique qui, souvent, exerce une influence comparable à celle de la hausse des prix. On va être obligé, en effet, dans ces circonstances, de déboursier des sommes supérieures au prix de revient, et même quelquefois au prix de vente, pour remplacer les éléments qui composent l'actif social.

En conséquence, ce qui doit être sauvegardé, ce n'est pas seulement le capital monétaire ou juridique, ce sont les instruments de production, c'est le capital économique qui doit être pris en considération lorsqu'on procède à l'évaluation des éléments actifs de la société. Dans ces conditions, il ne saurait y avoir de bénéfices tant que le capital monétaire n'a pas pourvu aux remplacements nécessaires pour assurer la continuité d'opérations conservant la même utilité sociale. Le bénéfice devient ainsi l'excédent monétaire de l'actif sur le passif augmenté des sommes nécessaires pour maintenir la puissance productive primitive de la société.

Mais, l'application de la méthode du coût de remplacement soulève diverses questions qui, en l'état actuel de la législation et de la jurispru-

(34) V. *infra*, p. 78 et s.

(35) cf. L. Devies, *Détermination de la valeur vénale, étude économique, juridique et fiscale*, thèse, Paris, 1937.

(36) La « valeur vénale » se rapporte surtout aux immobilisations ; le « prix du marché » s'applique principalement aux marchandises.

dence, ne peuvent être discutées que dans le cadre, soit du problème de financement des entreprises dans l'hypothèse du progrès technique et de l'extension de la société par acquisition de nouvelles immobilisations plus coûteuses, soit du problème de réévaluation de l'actif dans l'hypothèse de hausse des prix (37).

On doit cependant remarquer que ce système d'évaluation a l'avantage de donner dans la mesure du possible le coût réel des éléments actifs et faire ainsi intervenir un amortissement calculé sur la valeur de remplacement des éléments à amortir.

C'est en se basant sur cette nécessité, qu'en période d'instabilité monétaire, on avait élaboré le principe du coût de remplacement pour donner une solution au problème de l'amortissement que nous allons maintenant examiner.

B. — L'AMORTISSEMENT

Les dirigeants de sociétés commerciales ont souvent à prendre des décisions importantes lorsqu'ils établissent le bilan, non seulement en ce qui concerne la valeur d'estimation à donner aux éléments qui le composent, mais encore en ce qui concerne la teneur des articles eux-mêmes sujets à une dépréciation dans le temps.

En effet, si les biens de l'actif qui sont destinés à l'échange ne doivent pas, en principe, perdre de leur valeur entre le moment où ils sont dans la société, prêts à être vendus, et celui où ils seront transformés en monnaie, par contre, ceux qui sont destinés à rester dans la société se déprécient par l'usure, la vétusté et l'obsolescence ou désuétude. Suivant le cas, c'est un de ces facteurs qui prend le pas sur les autres, et la valeur figurant au bilan serait, au bout de quelques années, complètement fictive si l'on ne tenait pas compte de la dépréciation de valeur qui en résulterait.

Ces considérations témoignent suffisamment de la nécessité de tenir compte de la dépréciation de certains éléments d'actif ; pour une machine tenir compte qu'elle s'use, pour un bâtiment qu'il vieillit, pour un appareil qu'il se démode, et c'est là le rôle des amortissements. Leur omission entraîne donc à coup sûr, à défaut de toute autre mention précise de cette dépréciation (38), l'inexactitude du bilan et constitue, à l'égard de la loi pénale, le premier élément du délit de distribution de dividendes fictifs.

La loi, s'agissant des sociétés commerciales ordinaires et non soumises à une réglementation spéciale ou à la réévaluation, n'a pas réglé com-

(37) Lassègue, *op. cit.*, p. 300. V. aussi A.N.S.A. Les provisions pour hausse des prix, n° 135, Paris, 1961 ; Les provisions pour fluctuation des cours, n° 134, Paris, 1961.

(38) J. Escarra, *Cours de droit commercial*, n° 851 ; Ripert et Roblot, t. 1, n° 1450 ; Cass. Req., 11 juill. 1870 D.P. 1871.1.138 ; cass., 10 déc. 1918, S. 1920.1.289 ; Paris, 18 juill. 1917, D. 1918.2.9.

ment, au regard du délit de distribution de dividendes fictifs, doivent être amortis les éléments de l'actif pour qu'on puisse reconnaître si le bilan se trouve, de ce fait, frauduleux ou inexact. Il est regrettable que la notion d'amortissement demeure encore sans définition légale, car beaucoup d'auteurs considèrent que l'amortissement correspond à une mise en réserve (39), des sommes nécessaires à l'extinction progressive d'éléments d'actif qui se trouvent graduellement dépréciés ou inutilisables. Mais, définis ainsi, les comptes d'amortissements présentent nécessairement le caractère de comptes d'ordre et ne sauraient, par conséquent, à aucun point de vue être confondus avec des comptes de réserve (40). Beaucoup de sociétés ne semblent pas comprendre cette distinction et portent sur leur bilan dans un même poste des comptes présentant un double caractère, compte d'amortissement pour une partie, et compte de réserve pour l'autre.

En outre, il faut se garder de confondre l'amortissement, souvent dénommé amortissement industriel (41), avec l'amortissement financier. Celui-ci est l'extinction par voie de remboursement d'une dette tandis que l'amortissement industriel est une régularisation de l'évaluation d'un élément d'actif en vue de contrebalancer, par une majoration équivalente du passif, la majoration existante de l'actif et rendre au bilan son exactitude finale.

En effet, le but de l'amortissement est de conserver à l'actif, et par suite au capital, sa valeur initiale en constatant le plus exactement possible la dépréciation de ses éléments au fur et à mesure que cette dépréciation a lieu et dans la proportion où elle a lieu. Les chiffres de l'actif sont ainsi maintenus en concordance avec la valeur réelle exprimée par eux. Les amortissements ont, donc, une limite numérique qui est la valeur comptable de l'actif, et n'ont jamais pour conséquence un accroissement quelconque du fonds social.

Ceci exposé, on peut définir l'amortissement comme étant la correction faite chaque année au bilan en vue de ramener à leur valeur réelle les éléments d'actif qui, au cours de l'exercice, ont perdu une partie de leur valeur (42).

On peut également dire suivant le plan comptable et le décret du 7 août 1958 que « l'amortissement est la constatation comptable de la perte subie sur la valeur d'actif des immobilisations qui se déprécient avec le temps » (43).

(39) Villard, De la fraude dans le bilan, p. 52 ; Adde : Charpentier et Hamelin, op. cit., § 100, p. 123 ; Delavelle, A propos du mot amortissement, Rev. compt. déc. 1922 ; E. Thaller, Amortissement et fonds de réserve, Ann. dr. com. 1895, p. 242.

(40) Amiaud, Traité des réserves, n° 18, p. 30.

(41) Hamel et Lagarde, t. I, N° 269 et 560. V. P. Toussaint, L'amortissement industriel, Paris, 1953 ; P. Prosper, Les amortissements industriels en droit commercial et fiscal, thèse, Toulouse, 1934.

(42) Hamel et Lagarde, t. I, n° 269, p. 321 ; Ripert et Roblot, t. I, n° 1450.

(43) P.C.G., 1957, p. 75 ; Décr. 7 août 1958, art. 7, al. 7.

L'amortissement ayant pour but de constater une dépréciation, il en résulte qu'il présente un caractère obligatoire et doit, par conséquent, être pratiqué quel que soit le résultat de l'exercice.

En effet, bien qu'il ne soit pas prévu par la loi, l'amortissement industriel est obligatoire parce que s'il n'était pas fait, les éléments de l'actif, après avoir perdu de leur valeur, continueraient à figurer pour leur valeur ancienne. Si donc, il n'est pas effectué ou ne l'est pas suffisamment, il découle de là une estimation excessive de l'actif, d'où dividendes fictifs si des distributions sont opérées conformément aux bénéfices aussi fallacieusement apparus.

La constatation d'amortissement est obligatoire même si elle n'est pas prévue par les statuts, car, en vertu de l'article 9 du Code de commerce, le bilan doit être exact et sincère. Il s'agit là d'une véritable obligation imposée par la loi aux sociétés qui n'ont en aucune façon le droit de s'en soustraire sous peine de distribuer, au moyen d'un bilan inexact, des dividendes fictifs. Sur ce point la doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour déclarer que l'amortissement constitue une charge obligatoire de l'exercice et, de ce fait, n'a pas besoin d'être prévu par le pacte social comme étant de droit (44). On trouve à cet égard l'attendu suivant du tribunal de commerce de la Seine dans son jugement du 11 décembre 1933 : « Attendu que c'est non seulement un droit mais un devoir pour les organes de gestion d'une société de procéder chaque année à l'amortissement des éléments du patrimoine social, sujet à dépérissement » (45).

Mais les divergences commencent quand il s'agit de mettre ce principe en application. C'est, alors, qu'entrent en jeu les appréciations personnelles car, il est vrai, que l'amortissement ne peut pas être établi avec précision. Par conséquent, la difficulté de fixer de façon précise le montant exact de la dépréciation subie par l'actif de la société, ne permet pas de constater l'existence d'un amortissement insuffisant que si l'insuffisance de l'amortissement se présente importante.

C'est ainsi que la règle objective de l'amortissement obligatoire fait place à un choix subjectif, et, rien que pour les amortissements ordinaires, il en a été imaginé au moins quatre sortes : amortissement constant, amortissement croissant, amortissement décroissant, amortissement variable.

L'amortissement constant appelé aussi amortissement linéaire est celui qui est pratiqué au moyen d'annuités égales entre elles, en divisant le total de la dépréciation, correspondant à la valeur comptable du bien, par le nombre présumé d'années d'utilisation de ce bien. Si donc, une installation par exemple perd toute sa valeur après vingt ans d'utilisa-

(44) Lyon - Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, t 2, par Amiaud, n° 889-6 p. 474, note 1 ; Cass., 5 déc. 1898, *Journ. Soc.* 1899, p. 303 ; Lyon 31 déc. 1897, *Journ. Soc.* 1898, p. 216 ; Paris, 18 juill. 1917, D. 1918.2.9 ; Cass. 10 déc. 1918, S. 1920.1.289.

(45) Trib. com. Seine, 11 déc. 1933, *Journ. Soc.* 1935, p. 97.

tion, l'amortissement doit être chaque année d'un vingtième de la valeur portée au bilan.

L'amortissement croissant est celui qui se pratique au moyen d'annuités qui suivent une progression déterminée par l'opérateur. L'annuité s'élève chaque année au fur et à mesure que diminuent les services rendus par le bien à amortir. Par exemple, la première année on fera un amortissement de 5 % de la valeur initiale, la deuxième 6 % et ainsi de suite jusqu'à ce que cette valeur soit complètement amortie.

L'amortissement décroissant prend le contre-pied du système précédent et se compose d'annuités de plus en plus faibles, de sorte que la dépréciation est plus importante au début qu'à la fin. Il peut être effectué de deux façons ; ou bien en appliquant un coefficient calculé sur la valeur du bien diminué du montant des amortissements antérieurs ; ou bien au moyen d'un pourcentage de la valeur initiale, en progression décroissante (46).

Une variante de ce système d'amortissement c'est l'amortissement dégressif (47) introduit par la loi du 28 décembre 1959.

On sait que pour compenser la rigidité du système de l'amortissement constant, de nombreuses dispositions avaient été prises en faveur de diverses catégories de biens afin d'accélérer la cadence de l'amortissement :

Doublement de la première année, ce qui revient à réduire d'un an la durée ;

Déduction spéciale de 10 % du prix de revient pour la première année ;

Amortissements complémentaires en faveur des mines, de la sidérurgie et des entreprises titulaires de la carte d'exportateur.

Ces mesures particulières prises par le législateur indiquaient une tendance libérale qui a trouvé son expression générale dans le texte de la loi du 28 décembre 1959 complété par le décret du 9 mai 1960. L'article 37 de la dite loi pose, en effet, en principe que l'amortissement des biens d'équipement autres que les immeubles d'habitation, les chantiers et les locaux servant à l'exercice de la profession, acquis ou fabriqués à compter du 1^{er} janvier 1960, pourra dorénavant être calculé suivant un système d'amortissement dégressif dont les conditions d'application, les modalités et les plafonds sont fixés par le décret du 9 mai 1960.

C'est ainsi qu'en vertu de dispositions de ce décret, la fraction annuellement amortie, qui est forte pendant chacune des premières années,

(46) Charpentier et Hamelin, op. cit., § 108, p. 133 et s. ;
Batardon, op. cit., p. 172.

(47) A.N.S.A., Le nouveau régime d'amortissement dégressif des biens d'équipement, Paris, 1960.

diminue progressivement. Rien n'est modifié quant à la durée d'utilisation de l'immobilisation à amortir, mais le taux est calculé de telle sorte qu'en l'appliquant, chaque année, au prix initial diminué des amortissements déjà pratiqués, l'opération se trouve terminée en fin de la durée normale d'utilisation de l'immobilisation considérée. Le montant de l'annuité d'amortissement dégressif est plus précisément obtenu de la façon suivante :

a) S'il s'agit de l'exercice en cours à la date de l'acquisition ou de la fabrication du bien, on applique, quelle que soit cette date, au prix de revient, le taux obtenu en multipliant le taux d'amortissement constant ou linéaire correspondant à la durée normale d'utilisation de ce bien, par celui des coefficients qui lui est applicable :

Ce coefficient est pour chaque immobilisation fixé à :

— 1,5 lorsque la durée d'utilisation est de trois ou quatre ans ;

— 2 lorsqu'elle est supérieure à six ans.

b) En ce qui concerne chacun des exercices suivants, on applique en principe le même taux à la valeur résiduelle comptable du bien. Mais, lorsque l'annuité ainsi calculée pour un exercice devient inférieure à l'annuité correspondant au quotient de la valeur résiduelle par le nombre d'années d'utilisation restant à courir à compter de l'ouverture du dit exercice, le montant d'amortissement peut être égal à cette dernière annuité. L'opération se trouve ainsi terminée en fin de la durée normale d'utilisation de l'immobilisation qui, en définitive, ne laisse aucune valeur résiduelle.

L'amortissement variable consiste à calculer chaque fois la dépréciation subie par les éléments d'actif pendant un exercice, sans être obligé de suivre, comme aux systèmes précédents, un tableau d'amortissement forfaitaire pour déterminer la somme à amortir. Le taux d'amortissement dépendrait dans ce système des constatations faites à la fin de chaque exercice, en fonction de la seule dépréciation effective et non suivant certaines règles fixées d'avance. La difficulté de fixer de façon précise le montant exact de la dépréciation constitue l'argument majeur contre l'adoption de ce système qui reste, théoriquement, le seul exact. On est donc amené à se contenter d'un à peu près en pratique parce que ni la durée de l'amortissement, ni même la somme à amortir ne sont des données précises (48).

Même dans le cas où il a été fait usage de règles d'amortissement forfaitaire, les dirigeants de sociétés ont l'obligation de corriger ce que peut avoir d'insuffisant l'amortissement effectué, de façon qu'il soit aussi proche que possible de la réalité. Un amortissement insuffisant, en permet-

(48) Ripert et Roblot, t. 1, n° 1450 ; Hamel et Lagarde, t. 1. n° 269 ; Escarra, n° 219 ; Soyer, Les délits relatifs au bilan, in Le droit pénal spécial des sociétés anonymes, op. cit., p. 233 et s.

tant de ne pas faire inscrire au débit du compte pertes et profits, ou mieux au débit du compte d'exploitation générale, c'est-à-dire avant établissement du bilan, la dépréciation réellement subie, laisse apparaître des bénéfices non réalisés et amène, par la suite, la distribution de dividendes fictifs.

Il en est de même dans le cas où, à la suite d'un accident, un élément d'actif amortissable subit une dépréciation qui s'ajoute à celle qui résultait de l'écoulement du temps. Dans ce cas, on doit procéder à côté de l'amortissement ordinaire, un amortissement exceptionnel d'un montant égal à celui de la dépréciation (49).

C'est l'assemblée générale annuelle qui décide en dernier ressort si elle approuve la quotité de l'amortissement proposé par les administrateurs. Ceux-ci, une fois l'amortissement approuvé, ne peuvent pas revenir sur sa quotité (50). Si, donc, l'amortissement pratiqué est insuffisant et amène la distribution de dividendes fictifs, les administrateurs ou gérants doivent, pour couvrir leur responsabilité, convoquer l'assemblée générale et provoquer la modification du montant d'amortissement ou décider l'ajournement de la distribution du dividende voté par l'assemblée générale (51).

L'amortissement, en raison même de sa nature et de la fin qu'il doit atteindre, est nécessairement rattaché à une catégorie d'éléments d'actif (52). Il est, donc, spécial et doit porter sur tel ou tel élément déterminé de l'actif et pour une somme fixe ne pouvant dépasser le montant du compte actif qu'il a pour but de rectifier.

Cependant cet effet reconstitutif de l'amortissement peut se trouver singulièrement amoindri par suite de conditions économique déterminant une hausse générale des prix. Au fur et à mesure que cette hausse s'accroît, il apparaît clairement que l'amortissement calculé sur la base des prix d'acquisition des différentes valeurs susceptibles de subir des dépréciations est notoirement insuffisant pour en assurer le renouvellement.

Ce problème a fait naître une conception nouvelle de l'amortissement selon laquelle l'amortissement, au lieu d'être calculé sur la valeur d'acquisition, devrait être calculé sur la valeur de remplacement (53).

On peut cependant considérer qu'en l'état actuel de la législation et de la jurisprudence si le prix des nouvelles valeurs est supérieur à celui des anciennes, ce n'est pas à proprement parler un problème d'amortissement qui se pose mais un problème de réévaluation du bilan (54).

(49) Garnier, *Comptabilité, algèbre du droit*, p. 294.

(50) Houpin, *Journ. Soc.* 1923, p. 491 ; Lefavre, *op. cit.*, p. 29 et s.

(51) Trib. corr. Seine, 20 déc. 1933, *Sem. jur.* 1934, p. 213, *Gaz. Pal.* 1934.1.331.

(52) G. Roche, *De la relativité des bilans, ses causes et ses conséquences au point de vue juridique et économique, ses remèdes*, p. 98 et s.

(53) Lecerclé, *Le prélèvement temporaire sur les excédents de bénéfices*, p. 82 et s.

(54) Dalsace, *op. cit.*, n° 23303, p. 204.

Pour réaliser l'amortissement, deux procédés peuvent être envisagés au point de vue de la comptabilité. On peut porter les éléments de l'actif au bilan ou bien pour leur valeur actuelle nette, déduction faite de la dépréciation — c'est le plus simple, adopté par le plan comptable et le décret de 1958 — ou bien, pour leur valeur initiale mais en créant au passif un compte de régularisation, appelé généralement fonds d'amortissement (55), sur lequel on porte chaque année la moins-value.

En résumé, on voit que les divers procédés d'amortissement étudiés présentent les uns et les autres des avantages et des inconvénients et aucun d'eux ne saurait prétendre à s'imposer dans la pratique. En fait, la mesure annuelle de la dépréciation, ne peut être assurée uniquement par l'application à tous les genres de valeurs d'un seul système, et il est prudent que les dirigeants de sociétés trouvent pour chaque élément à amortir, le mode d'amortissement qui lui convient le mieux. En tout cas, il ne peut exister de bénéfices qu'autant que les éléments d'actif qui ont diminué de valeur ont fait l'objet d'un amortissement préalable et approprié. Au point de vue pénal, l'inexistence ou l'insuffisance de l'amortissement rend le bilan inexact et constitue une des causes souvent relevées par la jurisprudence de distribution de dividendes fictifs (56).

C. — LES PROVISIONS.

A côté de l'amortissement, nous trouvons un autre compte de régularisation qui, lui aussi, est rendu nécessaire par le principe de la sincérité du bilan. Ce compte, dont la notion reste encore confuse et désigne par conséquent des situations extrêmement diverses, c'est les provisions (57).

Généralement, le mot « provision » est pris dans une double signification.

Dans une première acception, la provision est un compte d'ordre ayant pour but d'enregistrer des charges certaines non encore échues, mais se rapportant à l'exercice en cours. Pris dans ce sens, la provision est une régularisation ayant son origine dans le principe de l'indépendance des exercices, principe en vertu duquel chaque exercice ne prend

(55) Houpin et Bosvieux, t. II, n° 1320, p. 544.

V. Lemaire, Des amortissements et réserves dans les sociétés industrielles, 3^e éd., Paris, 1924 ; J. Daval, Les amortissements et les réductions du capital dans les sociétés par actions, thèse, Lyon, 1932 ; A. Béchade, L'amortissement, Paris, 1954.

(56) Cass. Req., 11 juill. 1870, D.P. 1871.1.137 ; Cass. civ., 2 juill. 1901, D.P. 1903.1.169 ; Cass. crim., 11 juill. 1930, Sem. Jur. 1930. 1056 ; Lyon, 20 févr. 1903, D.P. 1904.2.17 ; Grenoble, 6 déc. 1934, Rev. trim. Soc. 1935, p. 40 ; Paris, 2 déc. 1938, J.C.P. 1939.II.11936 ; Trib. civ. 2 juill. 1901, D.P. 1903.1.169 ; Trib. Seine, 22 déc. 1902, Rev. Soc. 1903, p. 175 ; Trib. corr. Seine, 3 juill. 1902, Rev. Soc. 1903, p. 167.

(57) Hamel et Lagarde t. 1, n° 270 ; Ripert et Roblot, n°s 1448 et 1451.

en compte que les produits et charges qui lui incombent. Le système de l'exercice impose, donc, de tenir compte en fin d'année de toutes les charges incombant à l'exercice en cours, et dont l'échéance arrivera au cours de l'exercice suivant.

Dans un second sens, plus fréquemment employé, la provision est un compte d'ordre destiné à faire face à des charges ou dépréciations rendues probables du fait de la tournure prise par les événements en cours, mais dont le montant n'est pas encore déterminé, ou reste éventuel. Constituer des provisions, c'est donc se couvrir contre les risques de charges ou de pertes qui, bien que nées ou engagées, ne sont pas définitives, ou bien, ne peuvent être rigoureusement déterminées.

C'est dans cette définition qu'on peut trouver les caractéristiques juridiques qui distinguent les réserves et les amortissements des provisions : existence d'un risque de charge ou de dépréciation, probabilité de la charge ou quasi-certitude de la dépréciation, caractère non définitif.

En effet, les réserves sont un accroissement du fonds social et sont tournées vers l'avenir pour couvrir des pertes futures indéterminées et imprévisibles ou pour donner une extension aux affaires sociales. Les amortissements ont comme but de réparer les pertes déjà réalisées et regardent, par conséquent, vers le passé. Les provisions occupent une place intermédiaire, et représentent le présent avec ses risques probables et prévisibles (58).

Ainsi, le caractère probable de la charge ou de la dépréciation envisagée, devant justifier la création d'une provision, est-il lié à la notion de bénéfice dégagée par la jurisprudence qui exige, si l'on veut s'en tenir au principe de la sincérité du bilan, la constitution d'un poste de régularisation dès lors qu'est à craindre une perte, une charge, ou une moins-value d'un élément de l'actif du bilan. Les provisions, valeurs patrimoniales affectées à des pertes probables et prévisibles nettement déterminées quant à leur nature répondent donc à une nécessité pour la société, ce qui leur donne un caractère obligatoire en bonne administration, même en l'absence de bénéfices (59).

C'est d'ailleurs ce que décide le législateur dans l'article 11 de la loi du 4 mars 1943 qui, à propos des tantièmes dus aux administrateurs constate cette obligation dans les sociétés anonymes. Aux termes de cet article, les bénéfices nets « s'entendent des produits nets de l'exercice, déduction faite des frais généraux et autres charges sociales, ainsi que de tous amortissements de l'actif social et de toutes provisions pour risques commerciaux et industriels ».

(58) H. Cabot, *Les provisions dans le droit des sociétés*, p. 169 ; Amiaud, *Traité des réserves*, n° 18, p. 30.

(59) J. Escarra, *Cours de droit commercial*, n° 851.

Mais même en dehors des sociétés anonymes, la constitution des provisions (60) est obligatoire dans toutes les sociétés, comme d'ailleurs dans toutes les entreprises (61), car, sans elle, les résultats des bilans, en vertu du principe de sincérité, seraient entièrement faussés et feraient apparaître des bénéfices purement fictifs.

Par conséquent, l'omission des provisions ou leur insuffisance, est susceptible d'entraîner, si les autres éléments sont réunis, l'existence des deux délits correctionnels distincts : La présentation de bilan inexact et la distribution de dividendes fictifs. La jurisprudence a souvent sanctionné l'obligation de constituer des provisions pour risques en cours en déclarant pénalement responsables du délit de distribution de dividendes fictifs les administrateurs et gérants qui n'ont pas tenu compte lors de l'établissement du bilan des dépréciations prévisibles et probables de son actif (62).

En effet, il peut exister à l'actif du bilan des éléments non amortissables dont la valeur ou même l'existence est douteuse. Si ces éléments continuaient à être comptabilisées à leur valeur initiale alors qu'il y a des doutes sur leur valeur actuelle, le bilan ne saurait pas être exact. Il faut, donc, constituer une provision pour dépréciation qui a justement pour but de ramener cette valeur initiale devenue problématique à sa valeur actuelle certaine.

C'est ainsi qu'on trouvera dans un bilan des provisions :

- pour dépréciation de certaines marchandises dont les cours sont en baisse ;
- pour dépréciation des créances dont le recouvrement n'est pas assuré ;
- pour dépréciation du cours de change des créances libellées en monnaies étrangères et converties dans le bilan en monnaie nationale ;
- pour dépréciation du portefeuille titres de placement ou de participation dont les cours sont en baisse, et, par conséquent, une perte en cas de réalisation des titres est à craindre ;
- pour dépréciation des fonds de commerce, des terrains, etc.

Tous ces comptes de régularisation résultant des moins values constatées sur les éléments d'actif non amortissables sont prévus par le plan comptable général sous la rubrique « provisions pour dépréciation » (63).

(60) P. Bosvieux, Des droits des différents participants aux bénéfices sur les provisions, Journ. Soc. 1942, p. 277.

(61) Seulement ce n'est pas le délit pénal des lois sur les sociétés. C'est au moment de la faillite qu'on s'en avise.

(62) Cass. crim., 23 avr. 1891, D.P. 1893.1.49 ; Rennes, 3 nov. 1887, D. P. 1888.2.233 ; Limoges, 28 janv. 1898, D.P. 1899.2.353 ; Paris, 13 mars 1924, D.H. 1924.439 ; Orléans, 14 janv. 1929, Gaz. Pal. 1929.1.519 ; Paris, 4 avr. 1938, Journ. Soc. 1938, p. 462 ; Trib. corr. Seine, 17 oct. 1932, Rev. trim. Soc. 1933, p. 205.

(63) P.C.G., 1957, p. 76 ; art. 7, al. 8 et 9, Décr. 7 août 1958.

En outre, il faut constituer des provisions pour pertes et charges (64), qui, contrairement aux provisions pour dépréciation d'actif, correspondent à des charges et pertes probables concernant l'ensemble de l'entreprise et paraissant ainsi avoir été groupées pour entrer dans les provisions régulatrices du passif (65).

On en distingue quatre sortes :

1° provisions pour risques qui sont destinées à couvrir des pertes ou des charges prévisibles à la clôture de l'exercice, nettement précisées quant à leur nature mais comportant un élément d'incertitude quant à leur montant ou à leur réalisation. On rencontre souvent de telles provisions dans les bilans couvrant des risques divers :

- des litiges ;
- des provisions pour garantie de travaux ou de matériel ;
- des amendes et pénalités ;
- des provisions pour impôts à payer probables.

2° provisions pour renouvellement des immobilisations constituées par les entreprises concessionnaires en vertu d'obligations contractuelles relatives au renouvellement des immobilisations.

3° provisions pour charges à répartir sur plusieurs exercices. Il s'agit là d'une dépense prévisible qui, étant donné son importance, ne saurait normalement être supportée par le seul exercice au cours duquel elle sera engagée.

4° provisions pour retraites obligatoires du personnel relatives aux charges légales ou contractuelles dont le montant correspond à l'évaluation actuelle des sommes à verser probablement au personnel à titre de retraite.

Comme les amortissements, les provisions de toutes sortes peuvent être présentées au point de vue enregistrement comptable, sous deux formes, soit par déduction de la valeur d'actif, méthode employée pour l'établissement du bilan type, soit par constitution d'un poste spécial au passif (66).

§ 2. — *Les applications du principe*

Si l'on attache une grande importance au principe de la sincérité du bilan, c'est parce que son application implique l'estimation des éléments composant le patrimoine social à leur valeur réelle et commande, par conséquent, la constitution d'amortissements et de provisions dont l'absence

(64) P.C.G., 1957, p. 72 ; art. 7, al. 29 à 32, Décr. 7 août 1958.

(65) Dalsace, *Le bilan, sa structure - ses éléments*, n° 32001, p. 269.

(66) Hamel et Lagarde, t. I, n° 270, p. 324 ; Ripert et Roblot, t. I, n° 1451.

ou l'insuffisance fait ressortir des bénéfices inexistants, d'où dividendes fictifs, si des distributions sont effectuées conformément au bénéfice ainsi fallacieusement apparu dans un bilan inexact. C'est ce qui donne intérêt à la question de savoir comment ce principe doit être appliqué aux divers postes de l'actif du bilan.

Les règles juridiques que nous allons étudier à propos de ces postes sont pour la plupart, posées par la jurisprudence qui s'est formée à propos du délit de distribution de dividendes fictifs.

Cette jurisprudence, répudiant toute considération de technique comptable, se préoccupe peu d'appliquer aux divers postes du bilan tel ou tel système d'estimation et tel ou tel procédé d'amortissement et de provisions. Les principes les plus souvent admis par elle sont basés sur des considérations de prudence dont elle est si imbue, en raison de ce que le bilan sert de base aux distributions et il faut, par conséquent, éviter les dividendes fictifs.

La question est, en effet, très importante pour pouvoir être envisagée à un point de vue si général qui est celui d'un système. C'est ainsi qu'il est décidé que l'évaluation des amortissements ou l'appréciation des provisions est une question de fait sur laquelle les juges du fond exercent une appréciation souveraine (67).

Il n'y a pas de classement obligatoire des divers postes de l'actif. On a proposé, en se plaçant à divers points de vue, de faire un groupement au lieu de les indiquer les uns après les autres, et c'est ainsi que l'on trouve différentes méthodes (68).

C'est d'après le cadre formé suivant l'idée de la liquidité croissante, qui consiste à mettre en tête les éléments qui ont le moins de liquidité pour aboutir à ceux qui en ont le plus, adopté par le Plan comptable et le décret (69) du 7 août 1958, que nous allons étudier en cinq rubriques les différents contenus de ces postes d'actif du bilan :

- 1° les frais d'établissement,
- 2° les immobilisations,
- 3° les autres valeurs immobilisées,
- 4° les valeurs d'exploitation,
- 5° les valeurs réalisables à court terme ou disponibles.

(67) Cass. Req., 5 déc. 1898, Journ. Soc. 1899, p. 303.

(68) V. L. Quesnot, Administration financière, méthodes comptables et bilan, p. 95 et s. ;

P. Strohl, Les comptes et le bilan des entreprises, p. 5 et 265.

(69) Le décret du 7 août 1958 se substitue au décret du 29 juin 1948 qui est abrogé et dont la plupart des dispositions sont reprises sous les mêmes numéros d'articles. Il a été pris pour tenir compte des modifications apportées par le Conseil national de la comptabilité au « Plan Comptable Général » dont la révision a été approuvée par arrêté ministériel du 11 mai 1957, V. A.N.S.A. Le nouveau bilan type, 1958.

A — *Les frais d'établissement.*

Ce premier poste est parfois qualifié d'immobilisations sans valeur, et on peut se demander alors si son inscription à l'actif ne rende, au regard de la loi pénale, le bilan inexact.

En effet, un premier groupe de frais d'établissement est représenté par les frais engagés au moment de la constitution de l'entreprise et relatifs aux formalités nécessaires à la création de celle-ci. Un deuxième groupe de frais d'établissement est, en outre, constitué par des frais engagés au moment de l'acquisition par la société de ses moyens permanents d'exploitation.

C'est ainsi qu'ont fait généralement entrer dans les frais d'établissement :

1° les frais de constitution qui ont été rendus nécessaires par la fondation de la société, tels que frais d'actes, honoraires de notaires et d'avocats, timbre, enregistrement, frais d'études préparatoires, impression de titres, publicité, frais d'émission, commission des banques etc. ;

2° les frais similaires à ceux ci-dessus mais relatifs à l'augmentation du capital social, à l'émission d'un emprunt obligataire ;

3° les frais d'acquisition des immobilisations (droits de mutation, honoraires et frais d'actes) et les primes de remboursement des obligations ;

4° les frais pour travaux de premier établissement dont l'importance varie beaucoup suivant les industries. Dans les chemins de fer, ainsi que dans les entreprises minières leur chiffre est considérable : établissement des puits et galeries, aménagements intérieurs, construction de routes et chemins de fer.

On voit clairement que ce qui caractérise les frais d'établissement c'est d'être, d'une part, des dépenses non renouvelables et, d'autre part, des éléments qui n'ont aucune valeur vénale isolée (70). Ils correspondent donc, apparemment, à un actif à peu près fictif et, logiquement, leur évaluation ne devrait pas se poser.

Mais cette façon de voir aurait le plus souvent pour effet d'obliger la société à imputer les frais d'établissement aux frais généraux et à suspendre, pendant longtemps, la distribution de dividendes. C'est ainsi que, pour ne pas trop charger les exercices, surtout des premières années, et rendre impossible la distribution de dividendes, la jurisprudence accorde aux sociétés la faculté de faire répartir sur plusieurs exercices les frais d'établissement.

(70) Charpentier et Hamelin, op. cit., § 124, p. 150.

Il faut remarquer, cependant, que ce qui justifie surtout l'inscription de ces dépenses à l'actif du bilan, c'est que leur utilité n'est pas restreinte à l'exercice au cours duquel elles ont été effectuées, mais elle s'étend sur les exercices suivants. Elles ont, par conséquent, profité à la société pour une durée longue, et, de ce fait, elles s'opposent aux frais généraux qui, eux, ne profitent qu'à l'exercice en cours. Quoi que frais préparatoires, elles constituent, donc, un actif réel, un élément producteur qui produira ses effets dans les exercices ultérieurs au cours desquels on pourra en apprécier, l'importance en fonction des résultats obtenus.

Aussi a-t-on dû autoriser l'inscription de ces frais à l'actif du bilan, mais sous la condition qu'ils soient rigoureusement amortis car, en définitive, ils ne sont réalisables et, de ce fait, ils sont sans valeur. C'est ce qu'a décidé la Cour de Lyon qui dans un arrêt du 20 mars 1903 a considéré que la création d'un poste « frais de premier établissement » était parfaitement licite, que ces frais sont une charge sociale et que, par conséquent il y a obligation de les amortir quel que soit le résultat des exercices (71).

Si l'on est généralement d'accord pour reconnaître que les frais de premier établissement doivent être amortis (72) il n'y a pas cependant de règle fixe en ce qui concerne l'époque à laquelle doit commencer l'amortissement et le délai de celui-ci. Néanmoins, il est conforme à l'usage que les dirigeants sociaux répartissent les dépenses sur les cinq premières années qui suivent celle où elles ont été effectuées (73), ce délai pouvant même être porté jusqu'à 10 ans au maximum.

Dans certains cas le délai d'amortissement des frais de premier établissement sera mesuré à la durée de l'utilité de ceux-ci. C'est ainsi que les frais pour travaux de premier établissement de certaines sociétés concessionnaires devront être amortis dans le délai de leur productivité probable, délai qui peut atteindre souvent la durée de la concession. Le mieux est d'éteindre le plus rapidement possible les travaux qui se sont révélés improductifs. Il en est de même des frais d'établissement qui perdent très rapidement leur utilité, tels que les frais de constitution, d'augmentation de capital, d'émission, etc.

Quant au système qu'on doit employer pour leur amortissement, la méthode d'annuité constante, par pourcentage fixe du prix initial conviendrait le mieux, en raison de la nature même des frais qui ne laissent aucune valeur résiduelle.

(71) Lyon, 20 mars 1903, Journ. Soc. 1904, p. 21, D.P. 1904.2.17, note Percerou ; Adde : Cass. crim., 28 juin 1862, D.P. 1862.1.307 ; Cass., 2 juill. 1901, D.P. 1903.1.169, note Guénée ; Amiens, 15 mars 1888, Rev. Soc., 1888, p. 429 ; Trib. corr. Seine, 27 juill. 1910, Gaz. Pal. 1910.2.152 ; Trib. corr. Seine, 21 déc. 1932, Journ. Soc. 1933, p. 592.

(72) Hamel et Lagarde, t. I, n° 272, p. 329 ; Copper-Royer, t. II, n° 263 ; Houpin et Bosvieux, t. II, n° 1322, p. 551.

(73) Paris, 18 mars 1887, Rev. Soc. 1887, p. 202.

Notons, enfin, qu'il faut se garder de considérer comme frais d'établissement susceptibles de figurer à ce titre à l'actif du bilan n'importe quelles dépenses, notamment les frais d'entretien ou d'exploitation qui doivent être portés aux frais généraux de l'exercice.

C'est ainsi qu'il a été jugé qu'on ne peut y faire figurer :

ni des sommes payées aux actionnaires à titre d'intérêt sur les actions ;

ni des courtages, commissions et escomptes dépensés au cours de l'exercice ;

ni de report du compte de pertes et profits de l'exercice antérieur qui doit régulièrement être reporté au même chapitre.

Le fait pour un conseil d'administration d'avoir procédé à une distribution de dividendes sur la base d'un bilan établi dans des conditions semblables engage sa responsabilité pénale (74).

B. — *Les immobilisations*

On entend par immobilisations les éléments d'actif qui sont destinés pour une période plus ou moins longue, à la réalisation du but social. Entrent, par conséquent, dans cette rubrique non seulement les objets essentiellement immobiliers, c'est-à-dire les immeubles par nature, mais encore les immeubles par destination et, d'une façon plus générale, les biens qui ne font pas l'objet des échanges commerciaux et, de ce fait, sont, par opposition au fonds de roulement, conservés par la société pour les besoins de son exploitation.

Il suit de là qu'un même objet sera tantôt une immobilisation, tantôt une valeur de roulement suivant le critère de destination propre à chaque société. La distinction du Code civil entre meubles et immeubles n'aura pas, par conséquent, à être transposée ici d'une manière satisfaisante.

Les immobilisations se distinguent généralement en valeurs corporelles et en valeurs incorporelles. Cette distinction trouve sa justification surtout lorsqu'il s'agit de procéder à l'estimation et aux régularisations de l'actif du bilan (75).

Les unes sont représentées par des objets réels et peuvent, par conséquent, être évaluées et régularisées avec plus ou moins de précision. Les autres ne sont pas représentées par des objets réels et on peut craindre leur surévaluation car elles sont le plus souvent liées à la société qui peut de ce fait, les réaliser difficilement.

(74) Paris, 28 déc. 1886, S. 1888.2.37 ; Amiens, 15 mars 1888, Rev. Soc. 1888, p. 428, Journ. Soc. 1890, p. 205 ; Paris, 14 mars 1924, D.H. 1924.439 ; 2 déc. 1938, Journ. Soc. 1939, p. 462 ; Trib. Seine 16 juin 1934, Rev. trim. Soc. 1934, p. 308.

(75) Pinoteau, op. cit., n° 319, p. 249.

On peut ranger dans la catégorie qui forme les immobilisations corporelles, les terrains, les constructions, le matériel et le mobilier.

Le poste « terrains », qui comprend les terrains de construction, c'est-à-dire les terrains supportant ou étant susceptibles de supporter une construction, les terrains d'exploitation, tels que carrières, mines, etc., les chantiers et les autres terrains, se caractérise par le fait qu'il ne donne généralement pas lieu à un amortissement. Cela tient à ce que ces valeurs ne subissent pas d'usure matérielle, et le temps ne provoque pas leur dépréciation.

Cette dépréciation ne se produit que par suite de circonstances autres que celles qui déterminent l'amortissement. Dans ce cas, on doit, conformément au principe de sincérité du bilan, constater cette perte au moyen d'une provision pour dépréciation.

En ce qui concerne cependant les terrains d'exploitation, étant donné qu'on en extrait des matières susceptibles d'épuisement, on doit pratiquer leur amortissement dont le taux sera normalement basé sur la productivité de cet élément d'actif.

Le poste « constructions » comprend, d'une part, les bâtiments industriels, administratifs et commerciaux, de rapport, d'habitation du personnel et, d'autre part, les ouvrages d'art aux fins de communication, barrages, etc. Il fait l'objet d'un amortissement à un taux qui se situe, généralement, autour de 5 %. En tout cas, si la durée probable d'utilisation vient à fléchir il faut accroître ce taux et, à cet égard, les juges du fond se prononcent souverainement (76).

Sous la dénomination générale de « matériel » on comprend des éléments divers, correspondant à un ensemble d'objets, d'instruments et de machines, qui sont utilisés pour produire les biens et fournir les services : machines, outillage, matériel roulant ou de transport, etc. Il ne peut donc être question d'établir des règles uniformes pour tous ces éléments, et le taux d'amortissement varie, par conséquent, suivant leur spécialisation et leur durée d'utilité. On pratique couramment le taux de 15 % pour les machines et l'outillage, 30 % pour les véhicules automobiles, 15 % pour les navires, etc.

Enfin, le poste « mobilier » comprend les meubles, les machines ou articles de bureau, etc. Tous ces articles présentent une valeur suffisante pour ne pas être portés dans le compte de frais généraux.

On assimile au mobilier les agencements, installations destinées à établir une liaison entre les immobilisations ou à les mettre en état d'usage, tels que les installations de gaz, d'électricité, les casiers, rayons de magasin, etc. L'amortissement peut être calculé suivant la durée du bail, ou

(76) Cass. 5 déc. 1898, Journ. Soc. 1899, p. 303 ; Paris, 16 juill. 1896, D. 1899.11.365 ; Trib. Seine, 21 avr. 1886, Rev. Soc. 1886, p. 338.

être plus rapide si ce poste a une valeur relativement faible par rapport aux autres postes de l'actif (77).

La seconde catégorie d'immobilisations, au sens donné à ce mot, est constituée par des éléments incorporels qui comprennent notamment le fonds de commerce, le droit au bail, marques de fabrique, brevets, licences, dessins, concessions, etc.

En ce qui concerne le fonds de commerce il faut faire la distinction suivante :

s'il a été acquis par la société à titre onéreux son inscription à l'actif du bilan est légitime pour la valeur de ses éléments ;

par contre il ne peut figurer dans les comptes que pour mémoire, s'il a été créé par la société elle-même (78).

Notons qu'en cas de dépréciation, la somme du fonds inscrite au bilan pour sa valeur d'achat ou d'apport doit être réduite par une provision pour dépréciation (79). Il en est de même pour le droit au bail en cas de dépréciation due au fait que des locaux commerciaux équivalents peuvent être aisément loués.

Les brevets d'invention et les marques de fabrique obéissent, quant à leur inscription au bilan, aux mêmes règles que le fonds de commerce. Les uns et les autres n'ont souvent qu'une valeur passagère et devront subir chaque année, au moyen d'une provision ou d'un amortissement approprié, une dépréciation de façon à ce qu'ils disparaissent du bilan au moment où ils deviennent inutiles. Il en est de même des concessions, licences, procédés de fabrication, dessins et autres biens de nature pareille. Il s'agit, donc, dans tous ces cas d'une valeur qui se déprécie en fonction du temps ou d'autres circonstances particulières et qui doit être amortie sur la durée d'utilisation ou sur la mesure de la productivité des éléments qu'elle représente.

Il faut remarquer pour terminer qu'il est d'usage courant d'évaluer toutes les immobilisations à leur prix d'achat, ou de revient qui, dans le cas des immobilisations apportées à la société, est obligatoirement le prix auquel elles ont été évaluées lors de leur apport (80). C'est sur ce prix qu'on appliquera chaque année l'amortissement et la provision ordinaires ou

(77) Charpentier et Hamelin, op. cit., § 147, p. 166 ; Copper-Royer, t. II, n° 254, p. 190 et s.

(78) Becquey, op. cit., n° 45 et s. ; Rousselet et Patin, Délits et sanctions, op. cit., n° 242 ; Constantin et Gautrat, op. cit., n° 495. V. A. Cohen, Traité théorique et pratique des fonds de commerce, 2^e éd., 2 vol., Paris, 1948 ;

L. Retail, L'évaluation des entreprises, 5^e éd., Paris, 1963 ; R. Beraud, Comment sont évalués les fonds de commerce, Paris, 1955.

(79) Barrault, op. cit., p. 151 ; Lyon, 20 févr. 1903, D.P. 1904.2.17, note Percerou.

(80) Paris, 12 juin 1926, Journ. Soc. 1928, p. 167 ; Trib. Com. Seine, 25 mars 1925, Journ. Soc. 1926, p. 96.

extraordinaires qui, par différence, dégagent la valeur réelle du bien considéré au jour de l'établissement du bilan.

Ces règles, a peu près immuables, adoptées par l'usage et consacrées par la jurisprudence à propos du délit de distribution de dividendes fictifs sont basées sur une longue expérience et sur une saine gestion.

Toute surestimation des immobilisations rend donc le bilan inexact, et, pour éviter le délit de distribution de dividendes fictifs, il faut pratiquer sur la valeur d'origine de ces éléments les amortissements et provisions appropriés (81).

C. — *Autres valeurs immobilisées.*

Cette rubrique de l'actif du bilan comprend les éléments suivants :

- Prêts à plus d'un an ;
- Dépôts et cautionnements ;
- Titres de participation.

En ce qui concerne les prêts à plus d'un an il ne fait pas de doute qu'ils doivent être, dans l'intérêt de la clarté du bilan et de sa sincérité, séparés du total des débiteurs ordinaires et classés, par la suite, parmi les valeurs immobilisées.

Le bilan doit permettre, en effet, de se rendre compte non seulement de la situation nette de la société mais aussi de ses disponibilités. En outre, les créances à long terme, contrairement aux créances à court terme, ne sont pas en général escomptables, ce qui rend nécessaire la formation de provisions pour dépréciation. Faute de cette provision pour dépréciation probable, le bilan est inexact et les dirigeants de sociétés font acte d'imprévoyance en présentant un bilan dont le total de l'actif est supérieur à sa valeur réelle. On doit donc faire figurer ces créances, telles que prêts fonciers, à une rubrique spéciale et leur pratiquer les provisions appropriées pour dépréciation.

Les dépôts et cautionnements sont des sommes versées à des tiers à titre de garantie ou de cautionnement, et doivent être portés au bilan pour la valeur que la société a réellement déboursée.

Les titres de participation est un actif d'une nature particulière qui représente les parts prises par la société dans d'autres sociétés dans les-

(81) Hamel et Lagarde, t. I, N^{os} 269 et s.; Houpin et Bosvieux, t. II, n^o 1321, p. 549; Cass. civ. 22 févr. 1892, S. 1893.1.49; Cass. crim., 11 juill. 1930, Sem. Jur. 1930.1056; Paris, 16 avr. 1870, S. 1871.2.170; 9 juill. 1883, Rev. Soc. 1883, p. 592; Lyon, 16 mars 1899, D. 1900.2.140; Montpellier, 24 janv. 1907, D.P. 1908.2.265; Orléans, 14 janv. 1929, Gaz. Pal. 1929.1.519; Douai, 18 avr. 1929, Journ. Soc. 1931, p. 284; Grenoble, 6 déc. 1934, Rev. trim. Soc. 1935, p. 40; Paris, 18 juill. 1938, J.C.P. 1938.II.844; 10 déc. 1942, J.C.P. 1943.II.2331, note Garraud; Trib. Seine, 22 déc. 1902, Rev. Soc. 1903, p. 175; Trib. corr. Seine, 5 mai 1928, Gaz. Trib. 1928.2.291.

quelles elle entend réaliser des profits commerciaux. Il ne s'agit pas ici de titres que la société achète avec l'intention de les revendre, c'est-à-dire des titres de placement, mais des valeurs acquises avec l'intention de participer à la gestion et à l'exploitation de l'autre société en fin de la dominer et lui prendre le contrôle (82). Dans ces conditions, la société dominante ou société mère n'a aucune intention de réaliser les titres de sa filiale (83) et, de ce fait, ces titres ne représentent plus une valeur « mobilisée » mais une valeur « immobilisée ».

Cette valeur d'actif pose souvent des problèmes délicats d'évaluation car, en principe, il s'agit d'un actif non réalisable immédiatement. De plus, si la société possède un nombre important de titres qui lui assurent le contrôle, elle voudra réaliser cet ensemble à un prix supérieur à son cours de bourse, en raison des avantages particuliers que procure le contrôle. Mais si ce contrôle fait défaut, les titres ne présentent aucun intérêt particulier, et la société aura beaucoup de difficultés à les réaliser d'un seul coup, même sur une bourse importante, car, la vente ainsi réalisée risque de faire tomber les cours.

On comprend donc, dans quelles difficultés peut se trouver la société lorsqu'elle procède à l'évaluation de son portefeuille titres qui représente ses participations. C'est, d'ailleurs, à propos de ces valeurs que les différents systèmes d'évaluation ont été appliqués et se sont trouvés en conflit.

Il va sans dire que la question de l'évaluation des titres présente plus ou moins d'intérêt suivant l'importance de ces valeurs par rapport à l'ensemble de l'actif.

Notons, d'autre part, qu'il faut exclure radicalement tous les titres qui, en réalité, ne présentent aucune valeur réelle et sont, par conséquent, tombés à zéro. Sur ce point la Cour de Paris s'est prononcée en ces termes :

« Attendu... que ce bénéfice dépendait uniquement de la réalisation de titres qui n'avaient jamais été cotés en bourse, mais seulement en banque où ils n'avaient trouvé qu'une valeur de convention, résultat d'opérations simulées, les sociétés qui les avaient émis n'étant pas à cette époque sorties de la période de leur organisation et étant toutes tombées en liquidation sans avoir donné aucun résultat... » (84).

Les titres de participation devraient normalement figurer au bilan avec la valeur pour laquelle ils ont été achetés, c'est-à-dire au cours de revient, exactement comme les immobilisations dont ils font partie. Mais

(82) V. M. Gégout, *Filiales et groupements des sociétés*, thèse, Paris, 1929 ; G. Cousin, *Le groupe industriel constitué par une société mère et ses filiales*, thèse, Nancy, 1950 ; M. Vanhaecke, *Les groupes de sociétés*, thèse, Caen, 1957 ; C. Champaud, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, thèse, Rennes, 1961, Paris, 1962 ; A.N.S.A., *Filiales et participations*, n° 93, Paris, 1957.

(83) V. R. Picard, note sur la définition des « filiales », in *Mélanges Capitiant*, p. 621 et s.

(84) Paris, 9 janv. 1888, D.P. 1889.2.71.

sans être nécessairement mauvaise, cette évaluation risque d'entraîner une distribution de dividendes fictifs si le cours, en baisse au jour du bilan, est inférieur au cours d'achat ou de revient.

C'est pour cette raison que beaucoup d'auteurs recommandent le cours du jour, et la pratique courante est d'employer ce système avec parfois quelques variations pour éviter les variations en bourse. Mais ce cours lui-même n'est point infaillible et présente les mêmes inconvénients que le système précédent au cas où le cours du jour est supérieur au prix de revient. Cet inconvénient serait particulièrement sensible pour les titres sujets à de fortes variations de cours dues souvent à la spéculation et aux manœuvres de hausse (85).

Pour parer à cet inconvénient, on a proposé l'évaluation au cours moyen de l'année ou du mois qui précède la date du bilan. Le décret du 7 août 1958 pose à ce sujet une règle précise et exige par son article 11, relatif au calcul de la provision pour dépréciation, que les titres cotés soient toujours appréciés à la valeur moyenne du dernier mois de l'exercice. Le système du cours moyen présente, ainsi, sur le précédent l'avantage de rendre inefficace, dans une certaine mesure, les manœuvres de bourse mais ne donne pas la valeur réelle du titre, et risque de faire apparaître dans le bilan un bénéfice fictif si le cours moyen du titre est supérieur à son prix d'achat.

Tous ces systèmes et d'autres encore qu'on a préconisés (86), présentent en général le défaut de n'offrir aucune base sûre d'évaluation, et il est préférable, semble-t-il, de s'en tenir au système du prix d'achat ou de revient sous la condition qu'une provision appropriée corrige ce prix en cas de baisse.

Il est, en effet, généralement admis que si la société évalue ses titres cotés en bourse au cours du jour du bilan, elle doit, pour chaque titre, comparer cette évaluation avec le prix d'achat, et constituer, en cas de dépréciation, des provisions nécessaires, faute de quoi il y aura majoration injustifiée de ce poste du bilan (87).

La jurisprudence est fixée en ce sens et n'admet pas le cours du jour lorsqu'il est supérieur au prix de revient (88) ou il est le résultat de manœuvres des administrateurs, comme par exemple par suite d'opérations de report, de rachat d'actions, etc. (89).

(85) V. Copper-Royer, t. II, n° 257, p. 197; Cass. crim., 23 juin 1883, D.P. 1883.1.425, S. 1883.1.428; Trib. com. Seine, 28 mai 1890, D.P. 1893.1.52, Rev. Soc. 1890, p. 322.

(86) V. L. Retail, Les titres de sociétés et leur évaluation, p. 217.

(87) J. Leblond, De l'évaluation des titres cotés en bourse ou en banque, du délit de bilan inexact et de distribution de dividendes fictifs, Journ. Soc. 1938, p. 449; Charpentier et Hamelin, op. cit., § 175, p. 182; Rousselet et Patin, Délits et sanctions, op. cit., n° 248, p. 188.

(88) Paris, 27 déc. 1883, Journ. Soc. 1885, p. 1; Trib. corr. Seine, 5 févr. 1937 confirmé par Paris, 4 avr. 1938, Rev. trim. Soc. 1938, p. 176.

(89) Cass. crim., 23 juin 1883, D.P. 1883.1.425; S. 1883.1.428.

Pour les titres non cotés en bourse, l'évaluation se présente encore plus difficile, et c'est dans ce cas qu'on pourra faire application si le système du prix de revient n'est pas satisfaisant (90), des méthodes d'évaluation plus exactes comme par exemple celle de la valeur de rendement, de la valeur de liquidation, de la valeur raisonnée, ou du prix moyen auquel ils ont été négociés au cours de l'exercice précédent (91).

Enfin, la société peut être propriétaire de titres de participation qui ne sont pas entièrement libérés. On admet généralement que ces titres doivent faire l'objet d'une provision supplémentaire correspondant aux quarts restant à libérer (92).

D. — *Valeurs d'exploitation.*

Ces valeurs sont, comme leur nom l'indique, celles qui correspondent à l'exploitation de l'entreprise, qu'il s'agisse d'une entreprise commerciale ou d'une entreprise industrielle. On peut donc ranger dans cette catégorie de valeurs les éléments suivants :

- les marchandises ;
- les matières ou fournitures ;
- les produits semi-ouvrés ;
- les produits finis ;
- les produits ou travaux en cours ;
- les emballages commerciaux.

Les marchandises sont des objets achetés par la société pour être revendus tels quels, sans transformation, tandis que les matières premières sont acquises pour être incorporées aux produits fabriqués. Ces deux éléments d'actif posent, quant à leur évaluation, des problèmes difficiles, à propos desquels se sont heurtés toutes les théories proposées pour les résoudre. La jurisprudence elle-même en a mis en lumière l'importance, en déclarant notamment qu'il y aurait distribution de dividendes fictifs si l'on faisait figurer au bilan une augmentation injustifiée de la valeur des marchandises et des matières premières.

Deux systèmes ont été principalement proposés pour l'évaluation du stock marchandises et matières premières : celui du prix courant et celui du prix de revient (93). En présence des avantages et inconvénients que

(90) Vanard, L'évaluation des titres non cotés, Rep. prat. not., 1949, p. 161 ; J. Guyénot, L'évaluation des titres non cotés en bourse, Rev. trim. dr. com., 1955, p. 251 ; Besançon, 5 nov. 1936, Rev. trim. Soc. 1937, p. 51.

(91) Trib. corr. Seine, 7 avr. 1938, Journ. Soc. 1939, p. 462.

(92) Retail, op. cit., p. 158.

(93) V. Hamel et Lagarde, t. 1, n° 272, p. 329 ; Copper-Royer, t. II, n° 255 ; Cass. crim., 18 janv. 1894, D. 1895.1.159 ; Paris, 7 mai 1934, Sem. jurid. 1935.II.1381 ; Trib. corr. Seine, 21 déc. 1932, Journ. Soc. 1933, p. 592.

présentent ces deux bases d'évaluation, il semble qu'il soit difficile de se prononcer pour l'une ou pour l'autre.

En fait le meilleur système est encore d'appliquer le prix de revient et, en cas de baisse, à pratiquer une provision. Ce système donne, d'ailleurs, un résultat identique à celui que l'on obtient avec l'évaluation au cours du jour corrigé, en cas de hausse, par une provision destinée à représenter la différence entre les deux cours (94). Sans cette provision compensatrice, le cours du jour présente de grands dangers surtout lorsqu'il s'agit d'une société assez puissante qui, en raison de l'importance de ses stocks, peut peser sur les cours en vue justement de majorer les bénéfices et les distribuer.

Il a été jugé, en effet, qu'il y a délit de distribution de dividendes fictifs lorsque, pour établir le bénéfice porté dans le bilan, les marchandises ont été évaluées par les administrateurs à un cours élevé qui, tout en étant conforme à la cotation boursière, était faussé par une spéculation ardente et prolongée du prévenu lui-même (95).

Il faut noter qu'on doit pratiquer un amortissement extraordinaire lorsque pour une cause quelconque, les marchandises ou les matières premières sont dépréciées et leur prix d'échange est tombé au-dessous du cours du jour ou du prix de revient. Sans cette régularisation, les dividendes distribués pourraient être fictifs. En outre, il faut exclure du bilan toutes les marchandises dont la société n'est que dépositaire (96) ou celles qui ne représentent aucune valeur (97).

Quant aux produits finis, ils ne peuvent figurer au bilan que sous leur prix de revient (98). Il en est de même en ce qui concerne les produits semi-ouvrés. Tous les deux sont caractérisés par le fait qu'ils ont atteint un stade de fabrication donnant lieu à la détermination du prix de revient (99). Celui-ci est inscrit à l'actif du bilan, sauf à constituer, en cas de baisse, une provision pour dépréciation qu'on fera figurer au passif (100).

L'évaluation des produits et travaux en cours est toujours compliquée du fait que ces éléments ne figurent à aucun compte. Il est toutefois possible de faire l'évaluation des produits à leur prix de revient, en ouvrant un compte d'ordre, et des travaux en cours (travaux publics, ports, routes, canaux, immeubles, navires etc.) à un prix proportionnel au forfait

(94) P. Pic et J. Kreher, *Des sociétés commerciales* (ancienne coll. Thaller), t. II, 3^e éd. n° 3013, p. 576 ; Houpin et Bosvieux, t. II, n° 1323, p. 552 et s. ; Rousselet et Patin, *Délits et sanctions*, op. cit., n° 247, p. 188.

(95) Cass. crim., 24 avr. 1891, D.P. 1893.49, note Sarrut, S. 1892.1.476 ; Cass., 9 déc. 1902, S. 1903.1.262 ; Lyon, 16 mars 1899, D. 1900.2.137 ; V. aussi Cass., 10 nov. 1942, Bull. crim. 108.

(96) Charpentier et Hamelin, op. cit., § 152, p. 169.

(97) Lyon, 16 mars 1899, D.P. 1900.2.137.

(98) Paris, 7 mai 1934, Sem. Jur. 1934.1580.

(99) Copper-Royer, t. II, n° 256, p. 193 et s. ; Paris, 13 janv. 1936, S. 1936.2.41 ; Trib. corr. Seine, 27 juill. 1910, Rev. Soc. 1910, p. 429.

(100) Trib. Com. Nantes, 5 mars 1923, Journ. Soc. 1925, p. 104.

convenu ou au prix d'estimation du mémoire, mais en ouvrant, pour ne pas permettre la distribution d'un bénéfice incertain, un compte de provision correspondant à la différence entre ce prix et le prix de revient. En tout cas la comptabilité doit pouvoir permettre d'établir la valeur réelle des articles en fabrication ou des travaux en cours car, toute estimation arbitraire de ces éléments est susceptible de constituer le délit de distribution de dividendes fictifs (101).

Remarquons que le décret du 7 août 1958 a posé, quant à l'évaluation des valeurs d'exploitation, des règles précises applicables obligatoirement aux entreprises révisant ou ayant révisé leur bilan. Il exige par son article 12 que les marchandises, matières premières et emballages commerciaux achetés soient appréciés à leur prix d'achat augmenté des frais accessoires, et que les produits semi-ouvrés, les produits finis et les emballages commerciaux fabriqués doivent être inscrits au bilan pour le coût d'achat des matières utilisées pour leur fabrication, augmenté de toutes les charges directes ou indirectes de production.

Quant aux produits ou travaux en cours, ils figurent à l'actif du bilan pour leur coût au jour de la confection de l'inventaire. L'article 13 du décret prévoit, en outre, une provision pour dépréciation lorsque la valeur réelle au jour de l'inventaire est inférieure au coût ou prix défini à l'article précédent.

E. — *Valeurs réalisables à court terme ou disponibles.*

Les valeurs réalisables à court terme ou disponibles constituent la cinquième et dernière grande rubrique de l'actif du bilan et comprennent essentiellement les effets de commerce, les créances contre les clients et les valeurs liquides.

Les effets de commerce (102) sont des créances représentées par un titre qui peut être par exemple un billet souscrit par les débiteurs de la société, ou une traite tirée par elle sur ses clients, ou, enfin, des effets remis par eux en paiement.

Il est assez rare que les sociétés aient un portefeuille important d'effets de commerce car, tant qu'elles poursuivent leur exploitation, l'escompte de ces titres chez un banquier est toujours possible, et on peut alors considérer ce poste comme du « disponible ». Les effets, cependant, restant en portefeuille à la clôture de l'exercice, sont portés à l'actif du bilan pour leur valeur nominale en tenant compte toujours du montant de l'escompte qui est pour chaque effet d'autant plus élevé que l'échéance sera plus éloignée et le taux d'escompte plus élevé. Sans doute, les effets d'un recouvrement incertain ne doivent pas figurer à l'actif du bilan pour leur valeur nominale sans, en même temps être portés au passif, dans une provision spéciale, pour la partie considérée comme irrécouvrable.

(101) Cass. crim., 18 janv. 1894, D.P. 1895.1.159, S. 1894.1.256.

(102) V. P. Lescot et R. Roblot, *Les effets de commerce*, 2 vol., Paris, 1953.

On distingue généralement à cet égard, les mauvais effets qui doivent être totalement exclus du bilan, les effets douteux dont on craint que le recouvrement ne soit pas totalement assuré à l'échéance, et, enfin les bons effets. Quant aux effets litigieux on les fait normalement rentrer à juste titre aux créances litigieuses.

Le maintien à l'actif d'effets de commerce douteux, pour leur valeur nominale, sans provisions correspondantes, est un procédé de majoration arbitraire et répréhensible s'il est suivi par une distribution de dividendes fictifs (103). Il en est de même des créances contre les clients.

Sous le terme de « créances contre les clients » nous envisageons ici toutes les créances qui n'ont pas encore été transformées en titres négociables et que la société possède sur ses débiteurs. Comme les effets de commerce, les créances ne doivent figurer au bilan que pour leur montant éventuellement recouvrable. Si donc il est avéré qu'une créance devient incertaine, la constitution d'une provision s'imposera d'une façon inéluctable. Sur ce point, on distingue généralement les créances en bonnes, mauvaises, douteuses et litigieuses.

Les premières sont inscrites au bilan pour leur montant nominal augmenté des intérêts échus et diminué de l'escompte ou des rabais.

Quant aux créances mauvaises, elles doivent être radicalement exclues du bilan car elles sont considérées, par suite par exemple de disparition du débiteur ou de faillite clôturée par insuffisance d'actif, comme entièrement irrécouvrables (104). Il en est de même des créances fictives (105).

Mais si la créance est douteuse, c'est-à-dire grevée d'une perte probable, celle-ci doit être constatée en comptabilité par la constitution d'une provision. On appréciera par conséquent à l'actif la créance à sa valeur nominale et, pour compenser la majoration qui en résulte, on inscrira au passif une provision correspondant au montant jugé irrécouvrable. Même en l'absence de bénéfices, cette provision doit être constituée parce que son omission ou son insuffisance pourrait entraîner la distribution de dividendes fictifs (106).

Les tribunaux ont eu fréquemment à se prononcer sur ce point en déclarant notamment qu'il y a délit de distribution de dividendes fictifs si l'on a porté à l'actif pour leur valeur nominale, et sans création d'une provision faisant face au risque de leur non recouvrement, des créances

(103) Houpin et Bosvieux, t. II, n° 1326, p. 557 ; Paris, 16 nov. 1925, Journ. Soc. 1926, p. 664 ; Dijon, 6 mai 1936, Journ. Soc. 1937, p. 306 ; Trib. corr. Seine, 19 avr. 1893, Rev. Soc. 1893, p. 299 ; Trib. corr. Seine, 18 juill. 1932, Rev. trim. Soc. 1932, p. 312.

(104) Cass., 11 juill. 1930, Journ. Soc. 1931, p. 555 ; Cass. 3 août 1938, Gaz. Pal. 1938.2.814 ; Angers, 11 janv. 1887, D.P. 1887.2.19 ; Paris, 18 juill. 1938, Gaz. Pal. 1938.2.194.

(105) Paris, 7 mai 1934, Sem. Jur. 1935.1580.

(106) Tchernoff, op. cit., t. I, n° 408, p. 417.

douteuses (107). Il en est de même des créances litigieuses (108), car le litige en cours constitue une crainte de non recouvrement justifiant la provision (109).

Si la créance est exprimée en monnaie étrangère elle doit être évaluée au bilan d'après le cours pratiqué au jour où elle est entrée dans le patrimoine social (110). La Chambre criminelle de la Cour de cassation s'est prononcée clairement sur ce point en déclarant qu'une somme provenant de bénéfices de change, du fait qu'elle est destinée à courir les risques de positions de change essentiellement variables, ne peut constituer un dividende (111). Il convient donc d'observer, toujours, la plus grande prudence lorsqu'on évalue ce poste du bilan.

Quant aux valeurs liquides, aucune difficulté ne naît de leur appréciation, car elles sont généralement composées soit des sommes déposées en banque, à vue, soit des espèces en caisse, et, par conséquent, leur estimation se fait au chiffre nominal.

Il faut noter, pour terminer, que l'évaluation d'une créance est, dans chaque cas, une question de fait. Mais ce qu'on doit poser en principe, c'est que, dès l'instant où il apparaît que la créance ne sera pas recouvrée en totalité, une provision est obligatoire et nécessaire pour éviter une distribution de dividendes fictifs faite au moyen d'un bilan incontestablement inexact.

SECTION II. — LA FICTIVITE DU DIVIDENDE

Indépendamment de l'absence du bilan ou de l'existence d'un bilan inexact, le délit de distribution de dividendes fictifs suppose la fictivité du dividende distribué aux actionnaires. Cette condition se trouve réalisée lorsque, après rétablissement des chiffres véritables de l'actif et du passif, on constatera qu'en réalité, le bénéfice était soit moins important, soit inexistant, soit même que l'exercice se soldait en pertes.

En effet, il est facile de comprendre qu'il n'y ait pas d'inventaire mais que l'on ait néanmoins réalisé des bénéfices. Il pourrait même se faire que des fraudes aient été commises dans l'établissement du bilan mais que, de l'autre côté, des omissions dans l'actif, volontaires ou non, compensent le déficit résultant de ces fraudes. En d'autres termes, la fictivité du dividende comme deuxième élément ou condition du délit

(107) Cass. crim., 11 juill. 1930, D.P. 1932.1.145, note Cordonnier ; 3 août 1938, J.C.P. 1939.II.1053 ; Trib. corr. Seine, 3 juill. 1902, Rev. Soc. 1903, p. 169 ; 18 juill. 1932, Rev. Trim. Soc. 1932, p. 312 ; 17 oct. 1932, Rev. trim. Soc. 1933, p. 205.

(108) Paris, 1^{er} août 1890, sous Cass., 24 avr. 1891, D.P. 1893.1.50.

(109) Trib. corr. Seine, 3 mars 1939, Rev. trim. Soc. 1939, p. 186.

(110) Hamel et Lagarde, t. I, n° 212, p. 330.

(111) Cass. crim., 11 juill. 1930. précité.

est indépendante de l'inexactitude du bilan qui, rappelons-le, est une des conditions essentielles pour que le délit de bilan inexact soit caractérisé. Cette inexactitude du bilan n'est alors qu'un moyen de réalisation de la fictivité du dividende et non une de ses conditions (112).

Mais quel sens convient-il d'attribuer à la fictivité du dividende ? C'est autour de cette définition que nous aurons à examiner successivement :

- 1° le principe de la fixité du capital social comme critère de fictivité ;
- 2° le problème de l'imputation du dividende distribué sur les réserves ;
- 3° le caractère juridique du bénéfice distribué à titre de dividende.

§ I. — LE PRINCIPE DE LA FIXITE DU CAPITAL SOCIAL CRITERE DE FICTIVITE.

Pendant longtemps, le principe de la fixité du capital social était considéré comme le critère unique permettant de distinguer si un dividende distribué aux actionnaires était réel ou fictif (113).

D'après ce principe, pour qu'il y ait bénéfice il ne suffit pas que les résultats d'un exercice, pris isolément, soient bénéficiaires, mais il faut encore que le capital social soit intact, c'est-à-dire que la société possède un actif au moins égal à son passif réel et au montant de son capital nominal. Seul, par conséquent, le dividende qui entame le capital social est un dividende fictif.

Il importe alors de se demander si l'atteinte à la fixité du capital social, généralement invoquée par la jurisprudence, est une condition nécessaire pour fonder le critère de fictivité du dividende.

En examinant la notion de capital social, le principe de la fixité dans sa signification et la nécessité de reconstituer le capital en cas de pertes, nous pourrions peut-être comprendre plus facilement la valeur exacte de ce critère.

A. — *La notion de Capital Social*

La plupart des auteurs insistent sur le fait lorsqu'ils définissent le capital social que celui-ci est constitué de l'ensemble des apports faits par les associés à la société. Le capital est ainsi avant tout, le chiffre représentant la valeur des apports, mis en commun d'après l'article 1832 du Code civil, qui doit servir de base aux opérations sociales, tant que fonc-

(112) Legal, note sous Cass. crim., 22 janv. 1937, S. 1938.1.297.

(113) V. Hamel et Lagarde, t. I, n° 730, p. 857 et s.; Ripert et Roblot, t. I, n° 1482, p. 687, et s.; Escarra, n° 850, p. 529 et s.; Copper-Royer, t. II, n° 271, p. 217 et s.

tionne la société, et de base à la répartition des valeurs sociales au moment de la liquidation.

Thaller, dans sa définition, devenue classique, exprime admirablement cette conception :

« Le capital est une ligne d'arrêt tout idéale tracée dans l'actif, sans identifier des valeurs précises, autour du cercle de la valeur primitive des apports. Dans l'intérieur de ce cercle, la société prend l'engagement de ne pas retirer cet actif et elle le rend indisponible au regard des créanciers ; tout ce qui déborde ce cercle demeure disponible, les associés gardant la faculté d'en faire la distribution entre eux » (114).

Ainsi, fixé par les statuts originaires, le capital social marche-t-il de front avec les apports et « l'un des deux ne peut pas être affecté sans l'autre, et le capital cesse d'avoir le moindre sens, s'il n'est pas la somme des apports réunis » (115).

Il faut cependant remarquer, que le capital social, dont l'intangibilité trouve son fondement juridique dans l'interdiction légale de reprise par les associés de leurs apports, et constitue, pour la doctrine classique le critère de fictivité du dividende, ne se confond pas nécessairement avec la somme des apports et, par conséquent, le critère de fictivité fondé sur le principe de la fixité du capital social n'est pas général.

On sait, en effet, que les parts de fondateur ne correspondent pas à un apport contribuant à former le capital social, mais ceux auxquels elles sont attribuées n'en font pas moins un apport, en ce sens qu'ils procurent un avantage pécuniaire à la société. L'on voit ainsi la doctrine parler d'apport rémunéré à l'aide de parts de fondateurs (116) et le législateur lui-même s'engager dans cette voie et envisager, dans le troisième alinéa de l'article 1^{er} de la loi du 23 janvier 1929, l'hypothèse où « la création l'attribution ou l'émission des parts bénéficiaires a lieu en rémunération d'un apport en nature ».

Mais c'est surtout dans les cas des apports en industrie, des primes d'émission et des réserves incorporées au capital que le divorce entre la notion de capital et celle d'apport apparaît le plus manifeste. On constate dans ces hypothèses que la notion de capital social se trouve à certains égards plus ou moins large que la notion d'apport.

En effet, quelles que soient la nature et l'importance des services techniques mis par l'associé à la disposition de la société, l'apport en industrie

(114) E. Thaller, De l'augmentation du capital par transformation en actions soit du passif soit des réserves de la société, *Ann. dr. com.* 1907, p. 194.

(115) Thaller, A propos des actions de jouissance, *Journ. Soc.* 1906, p. 489.

(116) Hamel et Lagarde, t. I, n° 567, p. 693 ;

V. A. Schwing, La nature juridique et le régime fiscal des parts bénéficiaires, Paris, 1957 ;

J. Rault, Traité des parts de fondateur, Paris, 1930 ;

Hamel, Observations sur les parts de fondateur, *Ann. dr. com.* 1924, p. 173 ; examen doctrinal : *Rev. crit.* 1925, p. 317.

présente cette caractéristique invariable d'être successif (117) et éventuel, ou plutôt aléatoire. En d'autres termes, il ne se réalise que progressivement, au jour le jour, tout au long de la vie sociale et il est insusceptible de réalisation forcée. Mais, comme précisément, le capital nominal suppose l'estimation des apports en nature et leur libération intégrale lors de la constitution définitive de la société, les apports en industrie ne peuvent y figurer (art. 3, al. 4, L. 24 juill. 1867 ; art. 7, al. 2, L. 7 mars 1925).

Cette considération a été mise en évidence par un arrêt de la Cour de Caen qui, en des attendus particulièrement nets, refuse à l'apport en industrie, en raison de son caractère successif et conditionnel, la possibilité de contribuer à former le capital d'une société par actions (118).

D'ailleurs, la volonté des parties peut même enchérir sur les règles impératives. Il arrive ainsi que les fondateurs des sociétés préfèrent obtenir en échange de certains apports en nature, au lieu de parts sociales, des parts de fondateurs qui, comme nous venons de voir ne représentent aucune fraction du capital.

Il est donc permis de faire cette première constatation que, dans toutes ces hypothèses, un certain écart existe entre la notion de capital et celle d'apport, et que le capital n'est pas, par conséquent, la somme de tous les apports mais seulement la somme de certains d'entre eux. Il en est de même des primes d'émission.

La légalité de la prime d'émission qui n'a jamais été contestée (119) est aujourd'hui reconnue par la loi elle-même qui oblige le souscripteur à libérer en totalité et immédiatement cette prime (art. 1, L. 4 mars 1943).

C'est presque exclusivement en matière d'augmentation du capital que la prime d'émission est utilisée. Les actionnaires nouveaux versent un apport complémentaire du montant de leurs actions en contrepartie des retenues subies par les actionnaires anciens sur les bénéfices antérieurs. La prime consiste donc en un supplément d'apport qui vient grossir l'actif de la société sans augmenter pour autant le capital social.

La jurisprudence, en consacrant l'opinion doctrinale communément admise, a pris position en ce sens par un arrêt de principe de la Cour de cassation du 8 janvier 1935 dans lequel on lit :

« ... que les primes d'émission, apports supplémentaires, exigés en vue d'assurer l'égalité entre les actions anciennes et nouvelles, ne pré-

(117) V. R. Hautcœur, Les apports à prestations successives ou continues dans les sociétés, thèse, Lille, 1928.

(118) Caen, 26 juin 1912, D. 1914.2.161, note Palmade, S. 1918-1919.2.49, note Bourcart ; Lyon, 15 mars 1935, D. 1938.2.49, note Pic.

(119) Hamel et Lagarde, t. I, n° 740, p. 870 ; Ripert et Roblot, t. I, n° 1064 ; Escarra, n°s 873 et s.

sentent pas, bien que faisant partie de l'actif social le caractère d'un bénéfice réalisé par la société... » (120).

Quels que soient les résultats de la controverse sur la nature juridique de la prime d'émission (121) sa pratique courante dans les sociétés par actions prouve encore une fois que le capital social se distingue de la simple somme des apports. Les primes entrent dans l'actif social mais non dans le capital et peuvent, pour cette raison, être utilisées à des répartitions entre actionnaires (122). Enfin elles présentent les mêmes facilités d'utilisation que les réserves statutaires et doivent suivre le même régime que celles-ci en matière de dividendes fictifs.

En dehors de ces cas examinés — parts de fondateur, apports en industrie, primes d'émission — où la notion de capital se présente moins large que celle d'apport, il y en a un où le contraire arrive. Il s'agit de l'incorporation des réserves (123) au capital qui, de ce fait, se trouve augmenté autrement que par voie d'apport.

L'analyse de cette opération achèvera de nous convaincre de l'indépendance de la notion de capital vis-à-vis de la notion d'apport, et, par voie de conséquence, de la nécessité d'abandonner définitivement le critère de fictivité exprimé par le principe de l'intangibilité du capital social et fondé sur l'impossibilité légale de reprendre les apports.

Dans un souci de ramener l'incorporation des réserves aux augmentations de capital comportant des apports nouveaux, une analyse juridique aujourd'hui abandonnée, faisait de cette opération un acte complexe (124) se réalisant en deux phases :

- 1° la distribution par la société de ses réserves aux actionnaires ;
- 2° l'augmentation du capital à l'aide de ces réserves ainsi distribuées et apportées par la suite, par les actionnaires.

Ce système mérite le reproche essentiel de dénaturer la véritable physionomie de l'opération qui deviendrait, en fait, irréalisable si sa validité restait subordonnée à un acte volontaire de souscription de la part de chaque actionnaire pour les actions nouvelles qui devaient lui revenir. En

(120) Cass. Req., 8 janv. 1935, D. 1935.1.81, rapport Pilon ; V. Hamel, note sous Cons. d'Et., 24 mars 1926, D. 1928.3.5 ; J. Vendamme, De la prime imposée aux souscripteurs, thèse, Paris, 1928.

(121) V. A. Pernot, De la nature juridique des primes d'émission d'actions, Rev. Soc. 1950, p. 233.

(122) Cass. Req., 12 nov. 1928, S. 1929.1.21 ; Cass. 3 mars 1930, D. 1930.1.29, rapport Pilon, S. 1930.1.361, note Gény ; Paris, 24 févr. 1931, Journ. Soc. 1931, p. 222, note Bosvieux ; Trib. com. Seine, 12 juill. 1935, S. 1935.2.209.

(123) V. A. Dalsace, La transformation des réserves en actions et les droits des porteurs de parts de fondateur, Rev. Soc. 1950, p. 239 ; L. Chalaron, L'augmentation du capital social par incorporation des réserves, thèse, Strasbourg, 1935.

(124) C. Houpin, Distribution des réserves, Journ. Soc. 1901, p. 48 et s.

outre, la société se verrait obligée de procéder à toutes les formalités prescrites en matière d'augmentation de capital par apports.

Aussi la pratique est-elle aujourd'hui unanimement répandue de réaliser les incorporations de réserves au moyen d'un simple vote de l'assemblée générale des actionnaires. Opération interne, l'incorporation des réserves doit, pour être possible, ressortir du pouvoir spécial des organes sociaux et non des convenances individuelles, et, par conséquent, se faire à l'aide des ressources sociales sans obligations nouvelles pour les actionnaires (125).

Ainsi, donc, l'analyse juridique de l'incorporation des réserves au capital social autorise-t-elle de dissocier encore une fois la notion d'apport de celle de capital.

Beaucoup des hésitations qui se sont produites à l'occasion de l'élaboration d'un critère théorique de fictivité du dividende proviennent de ce que ces premières notions ont été insuffisamment élucidées.

B. — *La fixité du capital social.*

En raison de l'importance considérable que revêt, dans la vie sociale, le principe de la fixité du capital social, il importe, en ce qui touche notre matière, d'être fixé sur le sens de ce principe.

D'une façon générale, tous s'accordent pour considérer que la distribution d'un dividende prélevé sur le capital social comporte violation de la fixité dont la fonction est précisément d'interdire cette distribution afin que le capital demeure intact. C'est ainsi que la question des dividendes fictifs a longtemps été considérée comme rigoureusement liée à ce principe qui doit intervenir tout au long de la vie sociale pour déterminer les bénéfices distribuables et protéger, de la sorte, les créanciers sociaux (126)

Mais, s'il est indiscutable que le dividende qui porte atteinte au capital social est un dividende fictif (127) la question se pose de savoir si seul un tel dividende présente le caractère fictif.

Il semble, qu'en l'état actuel des textes, la thèse qui place dans le principe de la fixité du capital le critère de la fictivité ne saurait être, comme nous avons vu, justifiée, alors que surtout ce principe ne se trouve pas solidement posé.

(125) P. Cordonnier, *Augmentation de capital sans apports extérieurs*, D. 1948, Chron., p. 9 ; G. Fellus, *Etude sur la notion de capital social et sa fixité*, thèse, Paris, 1950, Dactyl.

(126) R. Plaisant, *Le principe de la fixité du capital social et la notion de bénéfice*, Journ. Soc. 1946, p. 333.

(127) Launais, *De la Villeguérin et Accarias*, op. cit., t. I, n° 439 bis ; H. Blaise, *La notion de dividende fictif*, in *Le droit pénal spécial des sociétés anonymes*, op. cit., p. 280 et s.

En effet, on chercherait en vain dans le Code ou dans les lois postérieures un texte qui énonce le principe de la fixité du capital.

Certes, le législateur parle à diverses reprises du capital social mais sans donner pour autant que nous intéresser, aucune précision relative à sa nature ou à son fonctionnement. Il lui a paru même inutile d'exiger, en règle générale, un capital minimum, et aucun maximum n'est davantage fixé (128). Tout au contraire, la variabilité du capital et des associés est une modalité qui peut être insérée dans les statuts de toutes les formes de sociétés (Titre III, L. 24 Juill. 1867).

En réalité, la notion de fixité du capital social repose tout entière sur la distinction fondamentale qu'il y a lieu d'établir entre le patrimoine social et celui de l'associé.

En effet, lorsqu'il s'agit d'un simple commerçant cette distinction n'existe pas puisque le fonds de commerce ne constitue pas une personne juridique distincte de la personne qui l'exploite. Il n'en est pas de même de la société qui forme une personne distincte de la personne de chacun de ses membres. Dans ces conditions, les biens mis en commun par les associés forment un patrimoine autonome, ayant son actif et son passif propres, détachés de l'actif et du passif de chaque apporteur. Le principe de la fixité du capital social ne fait que traduire cette autonomie patrimoniale fondée sur l'article 529 du Code Civil et l'article 69-6° du Code de procédure civile. Il a comme conséquence de voir englober dans la masse de l'actif social les diverses valeurs apportées par les associés, sans qu'aucun d'eux puisse prétendre à la reprise individuelle de telle ou telle catégorie de valeurs appartenant à la société. L'article 1860 du Code Civil est très significatif à cet égard lorsqu'il prive les associés de tout pouvoir de disposition sur le fonds social. Il en est de même des articles 23 et 26 du Code de commerce qui limitent la responsabilité du commanditaire à sa mise.

Dans ces conditions, lorsqu'on affirme que le capital social constitue le gage exclusif des créanciers sociaux, on doit entendre par là que les apports mis à la disposition de la société doivent être exclusivement affectés à la réalisation de l'objet social et que, par conséquent, les valeurs représentatives de ce capital, comme d'ailleurs toute autre valeur sociale, ne peuvent être l'objet d'une reprise individuelle de la part des associés, en raison de leur entrée dans le patrimoine social. Mais la société, comme tout autre débiteur, répond de ses dettes non seulement sur son capital

(128) La loi impose directement ou indirectement un capital minimum : pour les Sociétés de banque (L. 13 juin 1941, art. 8) où il est fixé par arrêté du ministre des Finances (arr. 30 juin 1955, arr. 18 nov. 1960) ; pour les Sociétés d'investissement (Ord. 2 nov. 1945 art. 1^{er} et 7 ; art. 15-2, aj. Décr. 28 déc. 1957) et pour les Sociétés d'assurances, Décr. 1^{er} juin 1952 mod. Décr. 15 oct. 1962) ; pour les Sociétés à responsabilité limitée (L. 7 mars 1925, art. 6, mod. Décr. 9 août 1953) ; pour les Sociétés anonymes le minimum ne résulte que du taux des actions car il faut au moins sept actionnaires.

mais sur tout son patrimoine qui, à proprement parler, constitue le gage exclusif des créanciers sociaux.

Que l'on ne dise pas que les créanciers sociaux ont de toute façon droit à des accroissements qui n'ont pas le même caractère de rigidité que le capital nominal, car il est clair que la société peut se ruiner, perdre son capital et devenir insolvable tout comme un commerçant isolé. Tous les éléments patrimoniaux de la société qui représentent la contrepartie des valeurs apportées par les associés sont ainsi exposés aux vicissitudes économiques et aux risques inhérents à l'exploitation. Si l'on était sûr de les retrouver à la fin de chaque opération, on pourrait parler d'une certaine fixité mais qui n'aurait dans ce cas aucun sens.

D'ailleurs, le capital social, fixé par les statuts originaires ne reste intangible en écritures qu'aussi longtemps qu'une assemblée générale extraordinaire n'a pas décidé d'en modifier le montant, soit pour l'augmenter, soit plus rarement, pour le réduire. Dans l'un ou l'autre cas, il résulte de l'opération une nouvelle valeur du capital, nouveau terme de comparaison pour la détermination des bénéfices.

En résumé, le principe de la fixité du capital social, ainsi entendu, ne peut donner aux créanciers sociaux et aux tiers que l'assurance que la société, au jour de sa constitution, a effectivement disposé d'un ensemble de biens d'une valeur au moins égale au montant du capital annoncé, et qu'aucune modification de ce capital ne sera valable sans l'intervention de l'organe compétent de la société et sans une publication spéciale, étant entendu que la réduction du capital social, même conforme à la loi, est inopposable aux créanciers antérieurs. On voit, ainsi, que la fixité du capital social est relative (129) et ne dépend, en dernière analyse, que de la volonté des organes compétents de la société (130). Elle ne peut, par conséquent, servir comme critère de fictivité du dividende. Il est cependant indiscutable qu'en dehors des conditions légales de compétence et de publicité les organes sociaux ne peuvent distribuer aucune somme aux actionnaires par prélèvement sur le capital car, en agissant ainsi, ils distribuent des dividendes fictifs (131).

C. — *La reconstitution du capital social*

Si une société, qui a éprouvé des pertes entamant son capital, réalise des bénéfices durant les années ultérieures, peut-elle distribuer immédiatement ces bénéfices sous forme de dividendes ou doit-elle réparer les pertes antérieures et reconstituer avant toute distribution son capital ?

(129) V. A. Dalsace, De la relativité de la notion de fixité du capital social, Rev. Soc. 1947, p. 75 et s. ;

G. Cantenot, La réduction du capital social dans les sociétés anonymes, thèse, Paris, 1934.

(130) Hamel et Lagarde, t. I, nos 733 et s. ; Ripert et Roblot, t. I, nos 1499 et s. ; Escarra, nos 862 et s.

(131) Hamel et Lagarde, t. I, n° 730, p. 857.

Sur ce point la loi ne formule aucune prescription, et la jurisprudence ne s'est pas spécialement prononcée. Seule la doctrine a tenté de donner une solution à ce problème né d'une pratique d'administrateurs soucieux d'assurer l'avenir de leur société.

La règle qui autorise à distribuer des dividendes après chaque exercice devrait apparemment nous conduire à accepter une solution analogue dans le cas où les mauvaises années précèdent les bonnes. Il semble, en effet, que l'indépendance des exercices permet une répartition immédiate sans se soucier de la reconstitution préalable du capital social. On pourrait donc être tenté de soutenir que cette répartition doit être sous-entendue et que, dès l'instant où un exercice est fructueux, les dividendes peuvent être distribués, en faisant abstraction des résultats des années antérieures. Il n'y a pas là une réduction de capital : les statuts, ne sont pas modifiés, et le chiffre du capital reste immuable comme l'exige le principe de fixité. Les associés n'ont pas repris une partie de leurs apports, et ont seulement répartis les bénéfices réalisés avec le capital entamé.

Certains auteurs (132) ont dû céder au caractère spécieux d'une argumentation pareille et se sont prononcés contre la reconstitution du capital entamé par les pertes. Ainsi, selon ces auteurs, tant qu'une société fonctionne avec un actif supérieur à son passif réel, la société peut répartir ses bénéfices annuels, sans que l'on ait à se préoccuper de savoir si l'actif net est supérieur, égal ou inférieur au montant du capital social. Ils reconnaissent cependant, qu'il serait d'une sage administration de reconstituer, par des retenues partielles sur les bénéfices, un capital tombé au-dessous de son montant nominal. En d'autres termes, la société ne serait pas tenue d'amortir en totalité ses pertes avant de pouvoir distribuer des dividendes mais seulement de les amortir par annuités jusqu'à reconstitution intégrale du capital. En faveur de cette thèse, on invoque, en outre, le système adopté pour la comptabilisation des frais de premier établissement.

Il faut, cependant, remarquer que le problème de la reconstitution du capital social n'est nullement lié au principe de l'indépendance de l'exercice mais uniquement à la notion de bénéfice et à celle de dividendes fictifs.

En effet, toute perte ou moins value ou dépense ne peut pas pour une raison quelconque être soustraite aux exigences du principe en vertu duquel tout poste du bilan de cet ordre doit être immédiatement compensé. Seulement, le report d'un tel compte ne se concilie avec la distribution d'un dividende, qu'il libère au compte de profits et pertes, qu'autant que la dépense, moins value ou perte ainsi reportée offre des caractères particuliers qui permettent de considérer comme conforme aux règles du droit l'ajournement ou l'échelonnement de sa compensation, comme dans le cas de frais d'établissement.

(132) A. Vavasseur, *Traité des sociétés civiles et commerciales* 6^e éd., t. I, n° 552, p. 495 ; E. Mack, *Inventaires et bilans*, Rev. Soc. 1905, p. 104.

La licéité de ce poste a été reconnue par la jurisprudence parce qu'il représente un actif en puissance. Par contre, la perte ne représente aucune valeur pour la société et ne peut, de ce fait, profiter à aucun exercice quoique portée pour des raisons strictement comptables, à l'actif du bilan. C'est pourquoi il est nécessaire de l'éliminer avant le calcul du bénéfice annuel net. Dans ces conditions, lorsqu'on parle de bénéfices, on veut dire simplement que le compte profits et pertes s'est soldé par un excédent de recettes sur les dépenses mais comme le passif n'en est pas moins toujours supérieur à l'actif, nous ne sommes pas en présence de bénéfices nets. Il reste, en d'autres termes, une fraction du capital social sans valeur correspondant à l'actif. Il faut donc en conclure que les dits bénéfices distribués avant la reconstitution du capital social devront être traités à l'égard de la loi pénale comme dividendes fictifs (133).

Notons, pour terminer, que la société, pour éviter de passer peut-être beaucoup d'années sans distribuer des dividendes, peut procéder à la réduction de son capital en observant toutes les conditions et formalités prescrites à cet effet, et conformes au sens que nous avons donné au principe de la fixité du capital social.

§ II. — L'IMPUTATION DU DIVIDENDE SUR LES RÉSERVES

La société possède, en dehors des valeurs nécessaires pour représenter son capital, le montant des bénéfices qui n'ont pas été distribués mais qui pourtant étaient distribuables. On est ainsi appelé à trouver dans le bilan d'une même société un nombre plus ou moins grand de comptes de réserves (134) ayant pour but de pourvoir aux nécessités les plus diverses qui s'imposent à son entreprise.

Il en résulte que, si le dividende distribué par la société à ses actionnaires dépend avant tout du bénéfice réalisé, il n'est pas nécessaire que ce bénéfice ait été réalisé au cours du dernier exercice, du moment que la société peut, dans certaines circonstances et après observation des formalités nécessaires, puiser dans le fonds de ses réserves pour compléter des dividendes insuffisants ou assurer même leur répartition pendant des années déficitaires.

D'une façon générale, on peut dire que toute réserve aura plus ou moins pour conséquence de permettre la distribution d'un dividende si la société décide d'effacer ou atténuer ses pertes en les balançant d'abord avec

(133) Houpin et Bosvieux, t. II, n° 1336, p. 570 et s. ; Lyon - Cean et Renault, t. II, n° 889, p. 472 ;
E. Thaller, Traité élémentaire de droit commercial, 8^e éd. par J. Percerou, t. I, n° 381, p. 266, note 1.

(134) V. Amiaud, Traité des comptes de réserves dans les sociétés par actions, 2^e éd., 1920 ; J.-D. Jacob, Les réserves dans les sociétés anonymes, Rev. Soc. 1957, p. 1, 123, 359 ; 1958, p. 1, 119, 240 ; 1959, p. 20 ; J. Lacombe, Les réserves dans les sociétés par actions, avec une préface de R. Roblot, Paris, 1962.

les réserves facultatives et ensuite avec la réserve légale (135). Les valeurs ainsi libérées pourront être réparties comme dividendes.

Les réserves proprement dites sont, d'une part, la réserve légale et, d'autre part, les réserves extra-légales ou facultatives. Celles-ci se différencient au point de vue de leur origine. Elles sont, en effet, constituées soit en exécution d'une clause des statuts, soit par décision régulière d'une assemblée générale extraordinaire modifiant la répartition statutaire du bénéfice à titre permanent ou provisoire, soit par décision d'une assemblée générale ordinaire (136).

Les réserves véritables et effectives autres que la réserve légale, qui est indisponible et non susceptible de distribution (137), peuvent être distribuées puisqu'elles proviennent de bénéfices (138). Ces réserves sont abandonnées, en effet, non seulement quant à la faculté de leur constitution, mais aussi quant à leur mode d'emploi (139), à l'appréciation des sociétés. Rien n'empêche donc la modification de l'emploi et, par la suite, la distribution aux actionnaires sous forme de dividendes des fonds de réserve lorsque la décision est prise par l'organe même qui en a décidé l'affectation ou en a la disposition.

Mais que décider si, sans cette décision de l'organe compétent, les administrateurs ou gérants, ayant fait apparaître au bilan un bénéfice qui n'existait pas réellement, ont distribué des dividendes faussement représentés comme provenant des résultats de l'exploitation mais, en fait, prélevés sur les réserves ?

Cette question nous conduit à examiner le problème de l'imputation du dividende sur les réserves, problème qui est un des plus délicats de ceux qui se posent en matière de dividendes fictifs et qui a fait couler beaucoup d'encre à propos des affaires « Léonard » et « Moreau ».

A. — L'affaire « Léonard »

Jusqu'à l'arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de Cassation, rendu le 22 janvier 1937 dans l'affaire « Léonard », la doctrine et la ju-

(135) Amiaud, op. cit., n° 192, p. 340.

(136) Amiaud, op. cit., p. 234 et s. ;

Sur le droit de l'assemblée générale ordinaire de constituer des réserves : V. Cass. civ. 20 janv. 1958, Gaz. Pal. 1958.1.266 ; Rev. Soc. 1958, p. 285 ; Paris avr. 1959, J.C.P. 1959.II.11175, note D.B., Gaz. Pal. 1959.1.254, S. 1959.134, note Dalsace, D. 1959, 353, note Martine, Journ. Soc. 1959, p. 321. Cet arrêt fut cassé par Cass. com., 18 avr. 1961, J.C.P. 61.II.12164, note D.B., D. 1961.661, S. 1961.257, note Dalsace ; Autessere, De la licéité de la libre constitution des réserves par les sociétés, Rev. Soc. 1960, p. 1 et s.

(137) Hamel et Lagarde, t. I, N°s 723 et 726 ;

Ripert et Roblot, t. I, N°s 1459 et s. ;

Escarra, n° 853, p. 533 ; Lyon, 9 avr. 1936, Rev. sp. Soc. 1937, p. 315.

(138) V. G. Crépin - Leblond, La distribution des réserves, thèse, Paris, 1926.

(139) P. Jaubert, De l'utilisation des réserves dans les sociétés par actions, Rev. Soc. 1945, p. 1.

jurisprudence tendaient à admettre que même en l'absence de bénéfices réalisés au cours de l'exercice considéré, le dividende distribué ne serait pas fictif s'il pouvait s'imputer sur des réserves. On en donnait généralement pour motif que, dans cette hypothèse, le capital social demeurerait intact, que l'intangibilité était sauvegardée et, par conséquent, le délit de distribution de dividendes fictifs ne pouvait exister.

Si l'on admet, en effet, que la condition nécessaire et suffisante pour qu'un dividende soit fictif est que celui-ci soit prélevé sur le capital social, il est incontestable que l'existence de réserves à due concurrence empêche l'atteinte à l'intégrité du capital et, par la suite, la consommation du délit.

Cette thèse a été soutenue par tous les auteurs et adoptée généralement par la jurisprudence d'une manière implicite et quelquefois explicite.

C'est ainsi que le Tribunal correctionnel de la Seine avait décidé par son jugement du 27 mai 1935 qu'on ne doit pas considérer comme une distribution de dividendes fictifs la distribution effectuée sur les réserves extraordinaires ou facultatives de la société. En l'espèce, qui était soumise au tribunal, le prévenu était poursuivi pour avoir fait ressortir dans le bilan de l'exercice 1929 un bénéfice et pour avoir distribué un dividende prétendu fictif de 12 %.

« Attendu, déclare le tribunal, que le bilan a fait, de la part de l'expert l'objet d'abattement important sur le portefeuille titres de la société mais qu'il résulte des explications fournies au cours des débats par l'expert lui-même que le dividende distribué a été en définitive pris sur les réserves accumulées de la société ; Attendu que les sommes réparties à titre de bénéfices n'ayant pas été imputées sur le capital social, qui n'a pas subi d'amputation, le délit de distribution de dividendes fictifs n'est pas caractérisé. » (140)

Mais les doctrines tendant à permettre l'imputation des dividendes distribués sur les réserves ont été formellement condamnées pour la première fois par la Cour de cassation dans l'affaire « Léonard ».

En l'espèce, l'administrateur délégué d'une société anonyme avait été poursuivi pour distribution de dividendes fictifs du fait que le bilan comportait une majoration d'actif réalisée par l'inscription, sans provision correspondante au passif, de deux créances d'une réalisation difficile.

Le tribunal d'Avesnes, prenant prétexte de ce que la prévention n'avait pas englobé dans la poursuite, en même temps que l'administrateur délégué, les autres administrateurs, s'est borné à relaxer purement et simplement le prévenu. Sur appel du Ministère public, la Cour de Douai, après avoir proclamé le principe que le dividende, afférent à un exercice,

(140) Trib. corr. Seine, 27 mai 1935, Rev. trim. Soc. 1935, p. 373 ; Adde : Cass. civ., 15 nov. 1910, D. 1912.1.97 ; Cass. crim., 30 mai 1930, S. 1933.1.196.

doit être normalement prélevé sur le bénéfice net réalisé au cours de cet exercice, et constaté qu'il n'y aurait pas eu de bénéfice si les deux créances litigieuses n'avaient pas figuré dans le bilan pour leur valeur nominale, a décidé qu'il y a eu délit de distribution de dividendes fictifs, et condamné l'administrateur délégué. Celui-ci s'est pourvu contre l'arrêt de condamnation en alléguant que la distribution était justifiée par l'existence de réserves d'un montant supérieur au dividende distribué. Par conséquent, toujours d'après le pourvoi, si le prélèvement ainsi opéré sur les réserves, sans autorisation de l'assemblée générale, pouvait éventuellement engager la responsabilité civile de l'administrateur délégué, il ne pouvait, par contre, constituer le délit de distribution de dividendes fictifs. La chambre criminelle de la Cour de cassation a écarté, à juste titre, le moyen du pourvoi en ces termes :

« qu'il est prétendu par le pourvoi que, si les résultats de l'exercice n'autorisaient pas la distribution d'un dividende, cette distribution n'est point cependant constitutive du délit, le bilan accusant l'existence de réserves extraordinaires, non grevées d'affectation spéciale, d'un montant supérieur au dividende distribué, réserves dont l'assemblée générale eut été en droit d'ordonner la répartition entre les actionnaires. — Mais attendu que l'arrêt déclare que Léonard n'a pas été autorisé par l'assemblée générale à effectuer un prélèvement sur les réserves ; que l'assemblée générale a décidé, non une répartition des réserves, mais la mise en distribution des bénéfices afférents à l'exercice écoulé et tels que les faisait apparaître le bilan établi par Léonard. » (141)

Cet arrêt a été vivement critiqué par la doctrine qui partait de ce principe bien des fois énoncé par les décisions de justice, que le dividende ne pourrait être réputé fictif que si sa répartition avait pour effet d'entamer le capital social. Or, en l'espèce, la règle de la fixité du capital social et de la nécessité de sa conservation, règle essentielle au fonctionnement des sociétés par actions, était sauve.

On faisait, en outre, observer que la portée de ce principe de la fixité du capital social était d'autant moins susceptible d'extension que, depuis la création du délit du bilan inexact, le domaine du délit de distribution de dividendes fictifs se trouvait délimité avec plus de précision qu'auparavant. Dans le cas de l'affaire « Léonard », il ne pouvait alors s'agir que d'inexactitudes commises dans le bilan susceptibles de tomber sous le coup de l'article 15-5° et non pas de nature à entraîner l'application de l'article 15-4° visant spécialement la distribution de dividendes fictifs (142).

(141) Cass. crim., 22 janv. 1937, D.P. 1937.1.71, note Tchernoff, Journ. Soc. 1938, p. 279, note Lecompte, Rev. sp. Soc. 1937, p. 583, note Copper - Royer, Rev. trim. Soc. 1937, p. 313, note Constantin, Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale, t. 2 de la bibliothèque de droit commercial dirigée par R. Houin, p. 232, obs. J. Noirel.

(142) L. Constantin et A. Gautrat, L'imputation des dividendes sur les réserves et la notion de dividendes fictifs, p. 23.

D'ailleurs, si le raisonnement qui est à la base de l'arrêt était exact, disait-on, il faudrait admettre que le caractère délictueux d'un acte dépendrait de la volonté de l'assemblée générale. « Mais comment soutenir, écrit M. Légal, qu'une décision de la société soit en mesure de modifier les conditions d'application d'un texte pénal, ce qui aboutirait à faire prévaloir la loi d'une collectivité privée sur celle de l'Etat et lui permettrait d'utiliser la sanction répressive pour assurer le respect de ses règlements ? Solution d'autant moins concevable en l'occurrence que le texte n'a pas, nous l'avons rappelé, pour but la protection des actionnaires, que son objet n'est pas de réprimer une atteinte à leurs droits, mais avant tout de sauvegarder ceux des tiers. » (143)

Pourtant, la solution donnée par la Cour de cassation n'est pas difficilement défendable.

Certes, dans l'hypothèse où des réserves suffisantes existent pour couvrir la distribution de dividendes le capital reste intact. Mais précisément la question qui se pose est de savoir s'il y a là une condition nécessaire pour que le délit existe, et, nous avons vu, qu'en raison de la relativité du principe de la fixité, l'intégrité du capital social ne peut pas servir comme critère de fictivité du dividende.

L'argument tiré de l'existence de réserves portées au bilan est, en outre, inopérant car, s'il est certain que les réserves ordinaires ou extraordinaires statutaires ou libres sont distribuables, elles ne le sont que dans des conditions légales de compétence d'ordre public, par des organes qualifiés et surtout sans tromperie des actionnaires et des tiers qui doivent être expressément informés qu'il s'agit d'une distribution de réserves et non d'une distribution de bénéfices de l'exercice. Encore faut-il pour la distribution de réserves qu'il n'y ait pas fraude, car le dividende ne peut pas être considéré comme payé sur les réserves lorsque par un artifice comptable la somme ainsi prise sur les réserves a été aussitôt remplacée par un prélèvement sur les prétendus bénéfices de l'exercice, ce qui constitue en réalité une distribution faite exclusivement sur les prétendus bénéfices (144).

D'ailleurs la préoccupation de la Cour de cassation de protéger non seulement le capital social, mais ce qu'elle considère, à juste titre, comme ses annexes est bien justifiée car la fictivité du dividende a sa source dans le fait que la distribution a pour effet de priver la société d'une partie de son patrimoine dans des conditions illégales.

En effet, l'approbation des comptes par l'assemblée générale, la fixation par cette assemblée du montant des bénéfices sont de ces rouages essentiels qui dominent toute la réglementation des sociétés par actions. Dès lors, il suffit que l'assemblée générale décide expressément la distribution

(143) Légal, note sous Cass. 22 janv. 1937, S. 1938.1.297.

(144) Cass. crim., 22 nov. 1935, Rev. trim. Soc. 1936, p. 357, affaire « Guiraut ».

à titre de dividende des réserves dont elle a la disposition pour que l'opération soit licite. Il appartient ainsi aux organes qui ont pris une décision d'en modifier ultérieurement les effets, d'annuler le cas échéant la première décision par la prise d'une décision contraire (145).

Il en résulte que l'administrateur n'est pas fondé à prétendre, pour échapper aux sanctions pénales, que l'assemblée générale eut été en droit d'ordonner cette distribution en opérant un prélèvement sur les réserves existantes alors que la dite assemblée n'a autorisé aucun prélèvement de cette nature et a, seulement, décidé la mise en distribution des bénéfices, tels que les faisait apparaître le bilan frauduleusement établi. Vainement, donc, soutiendrait-on que, du fait que l'assemblée générale aurait pu autoriser une répartition de réserves, elle pouvait après coup valider cette répartition présentée à tort comme une distribution de bénéfices car, une fois le délit accompli, il n'était plus possible de l'effacer.

La jurisprudence inaugurée par la Cour de cassation avec l'arrêt « Léonard » semble, par conséquent, parfaitement conforme à la volonté du législateur qui veut protéger le patrimoine social contre les agissements frauduleux de certains administrateurs et gérants.

B. — *L'affaire « Moreau »*

Un nouvel arrêt rendu le 17 juin 1942 dans l'affaire « Moreau » allait permettre à la Chambre criminelle de la Cour de cassation d'affirmer à nouveau la fermeté de sa jurisprudence et, surtout, de parachever l'énonciation de sa doctrine en matière de distribution de dividendes fictifs.

En l'espèce, un dirigeant d'une société anonyme était poursuivi pour avoir, au cours des années 1933 et 1934, présenté aux assemblées générales un bilan inexact et opéré, au moyen de ce bilan, la distribution entre les actionnaires de dividendes fictifs. L'inexactitude du bilan apparaissait incontestable car on avait dissimulé une perte importante résultant des détournements commis par un inspecteur de la société.

Mais l'expertise avait révélé l'existence des réserves occultes provenant notamment de la surestimation de certaines charges sociales (réserves mathématiques surévaluées par rapport aux estimations régulières, amortissements supérieurs à ceux auxquels la société était tenue, etc.).

En présence de telles circonstances, le tribunal correctionnel de la Seine avait estimé que le délit de distribution de dividendes fictifs n'était pas caractérisé.

(145) V. J. Leblond, Les pouvoirs respectifs de l'assemblée générale, du conseil d'administration, du président-directeur général, et du directeur-général adjoint, dans la doctrine institutionnelle, Gaz. Pal. 1957.1.Doctr. 29 ;

C. Berr, L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales, avec une préface de F. Givord, thèse, Grenoble, 1961, Paris, 1961 ; Renard, La répartition des pouvoirs entre les organes de la société anonyme, thèse, Paris 1958, Dactyl. ; Cass., 4 juin 1946, S. 1947.1.153.

La Cour de Paris, sur appel du Ministère public, influencée, semble-t-il, par l'arrêt que la Cour de cassation avait rendu dans l'affaire « Léonard » avait réformé la décision du tribunal par les considérants ci-après :

« qu'il importe peu que le montant de bénéfices non apparents et afférents à chacun des exercices sociaux incriminés eut permis d'après les résultats de l'exercice comptable la répartition d'un dividende supérieur à celui qui a été distribué, le législateur ayant entendu, avant tout, prohiber la représentation au public ou aux actionnaires, de bilans intentionnellement inexacts. »

La Chambre criminelle de la Cour de cassation a, par son arrêt du 17 juin 1942, cassé l'arrêt de la Cour de Paris qui, cependant paraissait faire une exacte application de l'arrêt « Léonard ».

« Mais attendu, déclare la Cour de cassation, qu'en l'état de ces constatations desquelles il résulte que les dividendes distribués au titre des exercices 1932 et 1933 étaient couverts par un excédent certain de bénéfices afférents à chacun des dits exercices, la Cour d'appel n'a pu, sans se contredire et sans violer les textes visés au moyen, décider que Moreau, en s'abstenant de faire figurer au passif des bilans la créance Beck, avait au moyen d'inventaires frauduleux, opéré entre les actionnaires de la société, la répartition de dividendes fictifs. » (146)

On voit ainsi que la Cour de cassation permettait aux prévenus d'invoquer l'existence de réserves occultes pour écarter la condamnation ; et certains auteurs voulurent y voir un revirement de la jurisprudence inaugurée par l'arrêt « Léonard ».

Mais, en réalité, les faits de la cause étaient bien différents dans les deux affaires. Dans l'affaire « Léonard » le prévenu avait distribué des réserves qui ne pouvaient donner lieu à des répartitions que par décision de l'assemblée générale tandis que dans l'affaire « Moreau » les réserves étaient restées intactes. Seul le redressement des postes du bilan faisait apparaître qu'en réalité les bénéfices avaient été plus considérables que ceux qui résultaient du bilan tel qu'il avait été établi par le prévenu, en sorte que c'était bien sur des bénéfices que les dividendes s'imputaient et non sur des réserves, même occultes. L'existence du bénéfice est un fait exclusif par lui-même du délit du moment que ce bénéfice se trouve établi par n'importe quel moyen. Si, donc, grâce aux précisions d'un bilan correctement dressé, on peut déterminer que dans l'ensemble l'actif est supérieur au passif, cet excédent peut être pris en considération pour écarter la qualification de dividende fictif. En un mot, ce qui importe, c'est l'exactitude finale du bilan.

D'ailleurs, la solution ainsi donnée par la Cour de cassation dans l'affaire « Moreau » avait été implicitement admise non seulement par des

(146) Cass. crim., 17 juin 1942, J.C.P. 1943.II.2120, note Bastian. S. 1944.I.141, note Légal, Journ. Soc. 1943, p. 264, obs. Lecompte.

décisions antérieures (147) de cours d'appel ou de tribunaux mais encore par un arrêt de la Chambre criminelle elle-même du 3 août 1938 qui relève, en l'espèce qui lui était soumise, le fait que se trouvait établi le caractère non réel du bénéfice occulte invoqué (148).

Or, si ces décisions s'étaient refusées, dans les espèces qui leur étaient soumises, à tenir compte des bénéfices occultes, c'était uniquement sur la constatation qu'en fait ces bénéfices étaient inexistants ou insuffisants pour compenser la distribution de dividendes. Ce qui revenait à reconnaître que sur le terrain du droit l'argument n'était pas irrecevable, sinon elle l'auraient écarté sans plus ample examen.

On peut donc en conclure que l'arrêt de la Cour de cassation rendu dans l'affaire « Moreau » ne marquait point, en ce qui concerne l'imputation du dividende sur les réserves, un revirement de la jurisprudence inaugurée, en cette matière, par l'arrêt rendu dans l'affaire « Léonard ». Des arrêts plus récents en sont, d'ailleurs, la preuve puisqu'ils sont venus renforcer et consacrer définitivement la théorie de l'arrêt « Léonard » relative à la notion de dividendes fictifs.

C. — *Jurisprudence postérieure aux arrêts « Léonard » et « Moreau ».*
Vue d'ensemble sur le problème de l'imputation.

La meilleure preuve que la Cour de cassation n'avait pas renoncé à la conception de la notion de dividendes fictifs exprimée à l'occasion des affaires « Léonard » et « Moreau » est que, dans l'affaire « Rouvier » la même doctrine était intégralement reprise.

En l'espèce, l'administrateur délégué d'une société anonyme avait été poursuivi et condamné pour distribution de dividendes fictifs, parce que en vue de parvenir à la distribution d'un dividende il avait établi un bilan frauduleux en majorant l'estimation des marchandises constituant l'actif et en y faisant figurer certains stocks dépourvus de valeur. Le pourvoi alléguait que la condamnation était intervenue en violation de la loi, car la distribution était justifiée par l'existence de réserves apparentes et occultes. Mais la Cour de cassation, par son arrêt du 10 novembre 1942 a écarté ce moyen de pourvoi en déclarant qu'il y a distribution de dividendes fictifs, même dans le cas où les énonciations inexacts du bilan sont rectifiées par des réserves occultes lorsque ces réserves sont ignorées des actionnaires qui n'en ont pas autorisé la distribution (149).

(147) Paris, 4 avr. 1938, Journ. Soc. 1939, p. 462, 1^{re} espèce ; Trib. corr. Seine, 7 avr. 1938, Rev. trim. Soc. 1938, p. 460, note Constantin, Journ. Soc. 1939, p. 462, 3^e espèce, note Lecompte ; Paris, 18 juill. 1938, Gaz. Pal. 1938.2.194, J.C.P. 1938.2.844, note J.R.

(148) Cass. crim., 3 août 1938, Gaz. Pal. 1938.2.814, Rev. sc. crim. 1939, p. 89, obs. Donnedieu de Vabres, Journ. Soc. 1940, p. 172.

(149) Cass. crim., 10 nov. 1942, J.C.P. 1943.II.2332, obs. Bastian, Rev. Soc. 1943, p. 302.

Il ressort clairement de cet arrêt que la répartition aussi bien de réserves occultes qu'apparentes, sous couleur de dividendes provenant de bénéfices inexistantes de l'exercice considéré, constitue toujours une distribution de dividendes fictifs.

Un nouvel arrêt rendu le 5 mai 1949 dans l'affaire « Vincent » allait permettre à la Chambre criminelle d'affirmer à nouveau la fermeté de sa jurisprudence, en matière de dividendes fictifs, et de la préciser davantage. En l'espèce, l'administrateur délégué d'une société anonyme, condamné par la Cour de Paris pour distribution de dividendes fictifs réalisée à l'aide d'un bilan frauduleux, s'était pourvu au motif que la condamnation avait été prononcée alors que cette distribution était justifiée par l'existence, d'une part, de réserves — argument un peu usé désormais — et, d'autre part, de l'article 23 des statuts de la société qui autorisait le conseil d'administration à régler l'emploi des réserves de toute nature, ce qui constituait un élément nouveau.

La Chambre criminelle, comme l'y invitait son rapporteur (150), a rejeté le pourvoi dans les termes suivants :

« Mais attendu que l'arrêt constate que l'assemblée générale n'a pas autorisé Vincent à effectuer un prélèvement sur les réserves ; que si les statuts donnaient au conseil d'administration pouvoirs pour régler l'emploi des réserves, seule l'assemblée générale avait qualité pour en décider la répartition entre les actionnaires ; que l'assemblée générale a décidé non pas une répartition de ces réserves mais la mise en distribution des bénéfices afférents à l'exercice écoulé tels que les faisait apparaître le bilan. » (151)

Dans un autre arrêt du 4 mai 1954 la Cour de cassation (152) maintient la jurisprudence qu'elle a établie, en ce qui concerne l'imputation du dividende sur les réserves, par l'arrêt « Léonard », confirmée et précisée, en 1942 et 1949, par les arrêts « Moreau », « Rouvier » et « Vincent ».

Pour résumer, dans une vue d'ensemble, la jurisprudence de la Cour de cassation, on peut dire qu'il est définitivement acquis maintenant que le délit de distribution de dividendes fictifs est consommé si le dividende mis en distribution excède le bénéfice, tel qu'il apparaît après redressement de comptes, sans que les dirigeants de sociétés puissent faire valoir, qu'à défaut de bénéfices, les sommes distribuées peuvent du moins s'imputer sur les réserves apparentes ou occultes. Le dividende fictif n'a plus depuis l'arrêt « Léonard » pour condition nécessaire d'être prélevé sur le capital social.

(150) Des extraits du rapport de M. le Conseiller Patin sont cités, par le Jurisclasseur des sociétés, fasc. 148 - 1, N^{os} 231 et 250.

(151) Cass. crim., 5 mai 1949, S. 1949.1.104, note signée MR et MP, Journ. Soc. 1951, p. 22, Rev. Soc. 1950, p. 384.

(152) Cass. crim., 4 mai 1954, J.C.P. 1954.II.8239, note signée D.B., Rev. Soc. 1954, p. 168.

Sans doute, la société peut-elle distribuer ses réserves, mais c'est là une mesure exceptionnelle qui exige une initiative spéciale, souvent même l'intervention, comme en cas de réduction du capital social, d'une assemblée extraordinaire. Les sociétés se trouvent ainsi limitées à tout moment par la nécessité de se conformer aux règles plus ou moins strictes qu'elles ont édictées pour l'emploi de leurs réserves.

Pour terminer, on ne peut qu'approuver la jurisprudence inaugurée par l'arrêt « Léonard » car elle donne au patrimoine social, contre des entreprises blâmables, une plus grande sécurité.

§ III. — *Le caractère juridique du bénéfice distribué à titre de dividende.*

Pour que le bénéfice d'un exercice puisse être distribué aux actionnaires sous forme de dividende, il faut qu'il soit du point de vue juridique certain. En d'autres termes, il ne suffit pas qu'il y ait un excédent d'actif sur le passif pour que le dividende distribué ne soit pas fictif mais il faut encore que cet excédent soit réellement acquis à la société (153). La notion de bénéfice réellement acquis prend alors une importance particulière car un bénéfice futur, éventuel, aléatoire ne pourrait former qu'un dividende fictif. Si, donc, le défaut du caractère certain entache le bénéfice de fictivité, la question se pose de savoir à partir de quel moment un excédent d'actif sur le passif peut être considéré à l'égard de la loi pénale comme réellement acquis à la société, c'est-à-dire comme certain et, de ce fait, susceptible d'être mis en distribution.

C'est là une question d'appréciation qui a donné naissance à trois systèmes principaux et qui a été progressivement mise en lumière par la jurisprudence relative au délit de distribution de dividendes fictifs.

Le système le plus libéral est celui qui admet comme bénéfice réalisé et, donc, distribuable la simple constatation d'une plus-value.

Un deuxième système est caractérisé d'une sévérité extrême et ne veut considérer comme bénéfice réellement acquis à la société que le bénéfice encaissé.

Enfin un système intermédiaire entre ces deux conceptions opposées, exige un bénéfice d'une réalisation certaine.

A. — *Le système de simples plus-values.*

D'après ce système adopté par un arrêt de la Cour de Douai rendu le 21 avril 1862 dans l'affaire « Mirès », la simple constatation par le bilan d'une plus-value suffit à donner à celle-ci le caractère de bénéfice acquis et distribuable.

(153) V. Hamel et Lagarde, t. I, n° 729 et s. ; Copper - Royer, t. II, n° 271, p. 217 et s. ; Becquoy, op. cit., n° 89 et s.

En l'espèce, soumise à la Cour de Douai (154), un gérant d'une société en commandite par actions avait été poursuivi pour avoir dans la gestion de cette société de crédit et de banque, dite « Caisse des chemins de fer », commis divers actes constitutifs des délits d'abus de confiance, d'escroquerie et de distribution de dividendes non réellement acquis. Ceux-ci reposaient surtout sur une convention conclue, au sujet de chemins de fer romains, entre le Gouvernement pontifical et Mirès. Ce dernier, espérait retirer de cette convention un bénéfice de 16 millions, dont les 8 furent distribués. Il n'y avait, en réalité, là qu'une espérance de bénéfices, car il fallait, tout d'abord, que toutes les conditions, mises pour l'exécution de la convention, soient remplies pour que le bénéfice attendu soit réalisé. Pourtant Mirès avait fait figurer ce bénéfice dans le bilan et, au moyen de ce bilan frauduleux, avait distribué les dividendes incriminés.

Le tribunal correctionnel de la Seine avait condamné Mirès à cinq ans de prison, et la Cour de Paris a, par son arrêt du 29 août 1861 confirmé le jugement du tribunal. Sur pourvoi du condamné, la Cour de cassation a, par arrêt du 28 décembre 1861, cassé l'arrêt et renvoyait l'affaire devant la Cour de Douai qui, considérant que le bénéfice incriminé avait été réellement acquis à la société dès le jour de la convention, a annulé le jugement de condamnation.

Les conséquences de la théorie adoptée par l'arrêt de la Cour de Douai montrent, cependant, l'inadmissibilité de cette conception libérale en matière de dividendes fictifs.

En effet, d'après cette théorie, une valeur sociale peut figurer à l'actif à un prix supérieur à son prix de revient si, lors de l'établissement du bilan, celui-ci constate cet excédent (155). En outre, dès la conclusion d'une opération, les bénéfices doivent être considérés comme acquis et distribuables, car il importe peu que les travaux qui leur assurent la réalité et la certitude soient terminés ou même en cours d'exécution. De plus, un bénéfice représenté, par exemple, par une simple diminution du prix d'achat (156) de terrains, par une simple économie (157) sur l'outillage ou le matériel d'une société qui fabrique l'un ou l'autre elle-même, par une créance conditionnelle (158) peut, dans ce système, constituer également un bénéfice acquis et certain.

Mais le caractère aléatoire de ces plus-values à venir interdit aux dirigeants de sociétés de les faire inscrire au bilan dont l'actif ne doit comprendre que des valeurs définitivement entrées dans le patrimoine social à moins que la valeur future inscrite à l'actif ne soit contrebalancée par un

(154) Douai, 21 avr. 1862, sous Cass. crim., 28 juin 1862, D.P. 1862.1.305.

(155) Wahl, note sous Cass. crim., 21 juill. 1898, S. 1901.1.537.

(156) Paris, 16 avr. 1870, D.P. 1870.2.121.

(157) Lyon, 16 mai 1899, D. 1900.11.139.

(158) Paris, 16 avr. 1870, précité.

poste corrélatif au passif. La Cour de cassation allait donc condamner la conception libérale de la Cour de Douai en ces termes :

« Attendu qu'il ne suffit pas que le bénéfice se fonde sur une convention qui l'assure ; qu'il faut qu'il soit complètement réalisé ; qu'il n'est acquis à la société, dans le sens de la loi qui a voulu écarter les dividendes frauduleux et même ceux qui ne seraient que hasardés, qu'autant qu'il est le résultat d'une opération accomplie ; que, par conséquent, l'arrêt en réputant acquis un bénéfice par cela seul qu'il est stipulé, et en n'exigeant pas, pour qu'il pût être régulièrement distribué, que l'opération qui le procure fût exécutée, a méconnu le véritable sens de la loi et en a commis la violation. » (159)

La conception libérale de la Cour de Douai était depuis cet arrêt de la Cour de cassation définitivement condamnée et ne devait plus trouver par la suite ni défenseur en doctrine, ni écho en jurisprudence. Aucune plus-value ne peut donc être distribuée tant qu'elle n'est pas le résultat d'une opération accomplie.

Pourtant un élément nouveau résulte de l'existence dans le bilan des plus-values d'une nature particulière et qui sont comptabilisées sous la forme d'une réserve spéciale de réévaluation. On sait, en effet, que l'ordonnance du 15 août, suivie depuis par de nombreux autres textes, a prévu et réglementé cette réévaluation des bilans (160). La question se pose alors de savoir si ces plus-values, d'ailleurs nominales, peuvent être distribuées sous forme de dividendes.

Cette question demeure l'une des moins élucidées et des plus controversées en doctrine (161).

Un certain nombre d'auteurs considèrent que, si la hausse des éléments d'actif est une hausse acquise dans des conditions telles qu'un fléchissement des valeurs réévaluées ne doit pas être envisagé, il n'y a aucune raison pour que la société ne procède à la distribution de sa réserve de réévaluation (162).

Mais il faut remarquer que, si, en théorie, la distribution aux actionnaires de la réserve de réévaluation ne semble pas être illicite, pratiquement, la plus simple prudence conseille presque toujours de s'abstenir d'une telle opération, car, en réalité, comme tous les auteurs le reconnais-

(159) Cass. crim., 28 juin 1862, S. 1862.1.655, D.P. 1862.1.305.

(160) V. A.N.S.A., La révision des bilans, Paris 1961 ;

J. Lecercle, Bilans et monnaies, thèse, Paris, 1946.

(161) Ripert et Roblot, t. I, n° 1472, p. 683 ;

Escarra, n° 856 ; P. Chalamel, La réserve spéciale de réévaluation, thèse, Paris, 1958 ; P. Debésé, Les ayants-droit à la réserve spéciale de réévaluation, J.C.P., 1947.1.641 ;

C. Pinoteau, Des conséquences de la distribution de la réserve spéciale de réévaluation au point de vue pénal, Gaz. Pal. 1951.1.2, Doctr. p. 48.

(162) V. notamment Hamel et Lagarde, t. I, n° 271, p. 326 et s., n° 730, p. 858 et s.

sent, la réserve de réévaluation, bien que les coefficients de réévaluation soient fixés par le législateur, a un aspect particulier en tant que réserve : elle ne provient pas d'une rétention de bénéfices provenant d'opérations réalisées et exécutées, et de ce fait, elle ne traduit pas une augmentation réelle de l'actif social mais elle est la conséquence d'une opération interne et comptable effectuée sans que se produise aucun changement ou mutation dans les divers éléments patrimoniaux de la société. Il n'est donc pas certain que la Cour de cassation admette la distribution d'une pareille réserve (163), car, comme nous venons de voir dans l'affaire « Mirès », les bénéfices réellement acquis, qui seuls peuvent donner lieu à une distribution aux actionnaires sous forme de dividendes, ne doivent s'entendre que comme des bénéfices résultant d'opérations accomplies.

B. — *La théorie du bénéfice encaissé.*

D'après cette théorie, un bénéfice résultant d'une opération accomplie n'est réellement acquis à la société, et, par conséquent, susceptible d'être mis en distribution, que s'il a été préalablement encaissé. C'est à cette doctrine, qui semble avoir sa justification dans l'idée qu'un dividende avant de sortir de la caisse sociale doit y être préalablement entré, que la jurisprudence s'est à l'origine ralliée.

En effet, la Cour de Paris, dans un arrêt en date du 16 avril 1870, ne considère comme bénéfices susceptibles d'être mis en distribution que « ceux qui sont certains, provenant d'opérations accomplies, encaissés ou d'un encaissement prochain, et pouvant être jugés équivaloir à des espèces en caisse » (164). De même il a été jugé « qu'on ne peut considérer comme bénéfices susceptibles d'être distribués que ceux qui se composent de l'excédent de l'actif sur le passif, provenant d'opérations accomplies au jour de la clôture de l'exercice, et, comprenant des espèces en caisse ou des valeurs d'un encaissement prochain équivalant à des espèces en caisse, ou encore des créances d'un recouvrement immédiat et non susceptible de discussion. » (165).

Il ne fait pas de doute que les bénéfices encaissés ne soient des bénéfices réels, acquis et distribuables mais, si cette exigence se justifie d'autant mieux qu'elle réagit contre le système de la simple plus-value, du moins elle ne s'accorde guère avec les exigences de la pratique et ne trouve aucun fondement dans les textes.

(163) V. Bourges, 11 déc. 1962, D. 1963 I. 309, note A. Dalsace, confirmant un jugement du Trib. com. de Nevers, 25 mai 1960, D. 1960.I.266, note A. Dalsace.

(164) Paris 16 avr. 1870, précité.

(165) Riom, 27 avr. 1898, sous Cass. crim., 21 juill. 1898, S. 1901.I.537, note Wahl. Adde : Paris, 4 avr. 1938, Journ. Soc. 1939, p. 462, 2^e espèce.

En effet, on ne pourrait songer à prendre dans une période donnée les opérations d'encaissement et de décaissement d'espèces pour justifier la distribution de dividendes, car, ces opérations sont sans aucune relation avec les résultats de l'exploitation. Ceux-ci dépendent aussi des opérations de crédit — emprunts, prêts, achats et ventes à crédit — qui ne peuvent pas être suivies par le compte de caisse. Il faut donc ne pas confondre la réalité du bénéfice avec sa liquidité, la « recette » avec le bénéfice qui seul doit être pris en considération lorsque les tribunaux ont à apprécier la légalité d'une distribution de dividendes (165 bis). La réalisation des sommes nécessaires à cette distribution n'est qu'une simple opération de trésorerie pour laquelle la société n'aura qu'à s'adresser à une banque pour faire face au paiement du dividende qui n'en deviendra pas pour autant fictif.

Aussi, la jurisprudence et la quasi-unanimité des auteurs ont-ils à juste titre abandonné cette théorie rigoureuse (166), qui sembla un instant devoir s'affirmer, pour s'attacher à la réalisation certaine des bénéfices.

C. — *La réalisation certaine du bénéfice.*

D'après la jurisprudence actuelle qui doit être considérée comme définitivement acquise, la réalisation certaine de l'excédent d'actif, constaté par le bilan, suffit à donner à cet excédent, sous la condition bien entendu qu'il soit le résultat d'opérations accomplies, le caractère de bénéfice réellement acquis et distribuable.

C'est en ce sens qu'on doit interpréter la jurisprudence lorsqu'elle parle « de l'excédent certain des produits annuels sur les dépenses provenant d'opérations accomplies, et encaissé ou d'un encaissement prochain et équivalent à des espèces en caisse » ou « de valeurs réalisées ou immédiatement réalisables » (167) ou encore « des créances d'un recouvrement immédiat et non susceptible de discussion » (167 bis).

La formule la plus exacte, parce qu'elle est la plus large et aussi suffisamment précise, paraît être celle qu'on trouve dans un arrêt plus récent de la Cour de Douai rendu le 20 juin 1936 dans l'affaire « Léonard ».

« Attendu... qu'on ne peut considérer comme des bénéfices susceptibles d'être distribués que les sommes formant l'excédent de l'actif sur le passif provenant d'opérations accomplies au jour de la clôture de l'exercice et comprenant soit des espèces en caisse soit des valeurs d'un en-

(165 bis) Hamel et Lagarde, t. I, n° 729, p. 856 ; Ripert et Roblot, t. I, n° 1480, p. 686 et s. ; Copper-Royer, t. II, n° 271, p. 220.

(166) Launais, De la Villeguérin et Accarias, op. cit., t. I, n° 445 ; Cor-donnier, note sous Cass. crim., 11 juill. 1930, D.P. 1932.1.145 ; Paris, 2 mai 1935, S. 1939.2.180 ; 22 juill. 1938, D. 1939.2.44 ; Trib. com. Seine, 4 mars 1933, S. 1935.2.15.

(167) Cass., 7 mai 1872.1.233, S. 1872.1.123.

(167 bis) Riom, 27 avr. 1898, précité.

caissement certain et prochain équivalent à des espèces en caisse, soit des créances d'un recouvrement aisé et immédiat ».

C'est là la seule solution acceptable et conforme à la volonté du législateur qui, pour protéger le patrimoine social, a voulu sanctionner pénalement la distribution de bénéfices non réellement acquis à la société. Le rapport présenté par M. du Miral au Corps législatif sur la loi du 23 mars ne laisse aucun doute sur ce point :

« On a voulu ainsi exprimer des bénéfices qui ne peuvent plus échapper à la société, qui ne sont plus à l'état de simple éventualité, dont aucun coup du sort, excepté une insolvabilité imprévue ou une destruction fortuite, ne peut plus priver la société. Sans doute, il ne sera pas toujours nécessaire que le bénéfice ait été encaissé ; il pourra résulter d'une valeur, d'une traite, même d'une simple créance, pourvu qu'elle soit réputée bonne, non susceptible de discussion, et de nature, suivant les usages du commerce, à figurer à l'actif. » (168)

Certes, la loi du 23 mars 1863 a été abrogée par la loi de 1867 qui a remplacé les termes « bénéfices non réellement acquis à la société » par « dividendes fictifs », mais l'exposé des motifs de cette dernière loi ne laisse aucun doute sur l'identité des termes (169).

En résumé, le bénéfice réellement acquis à la société est celui qui, sans être nécessairement encaissé, résulte d'une opération accomplie et n'est plus à l'état de simple éventualité de réalisation mais il est d'une réalisation certaine.

SECTION III. — LA DISTRIBUTION D'UN DIVIDENDE

Le délit de distribution de dividendes fictifs ne peut exister qu'à condition que les dividendes aient été effectivement répartis aux actionnaires. C'est là le troisième et dernier élément objectif du délit, les deux autres étant l'absence ou l'inexactitude du bilan et la fictivité du dividende distribué.

En effet, le fait matériel de répartition d'un dividende aux actionnaires, ainsi que le précisent à la fois le texte de l'article 15-4° de la loi de 1867 et l'article 38, alinéa 3 de la loi du 1925, est une condition nécessaire pour que le délit puisse être caractérisé. Sans cette répartition effective du dividende, le délit ne peut être consommé, car dans cette hypothèse, il n'y a qu'une simple tentative de distribution.

(168) Rapport du Miral, D.P. 1863.4.67.

(169) L. Tripier, Commentaire de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés, t. I, n° 60, p. 32.

Or, il est bien établi en jurisprudence et en doctrine que la tentative de distribution de dividendes fictifs n'est pas punissable (170) du fait que la loi reste muette sur ce point. Il en serait autrement si la loi parlait de gérants ou administrateurs qui « ont opéré ou tenté d'opérer » entre les actionnaires la répartition de dividendes fictifs. Par répartition il faut donc entendre le fait de mettre effectivement à la disposition des actionnaires les sommes qui leur reviennent à titre de dividendes (171).

Mais, sous quelle forme peut avoir lieu, au point de vue pénal, la distribution de dividendes et à quel moment doit-on considérer que cette répartition a été effectuée ? Enfin, est-il nécessaire, pour qu'il y ait répartition fautive, en tant qu'élément du délit, que le paiement du dividende s'opère matériellement ou importe peu les modalités du paiement ?

§ I. — LA FORME DE LA DISTRIBUTION DE DIVIDENDES

Pour que le délit de distribution de dividendes fictifs existe, il faut que la distribution ait porté sur un dividende, car la loi ne prévoit que la répartition de bénéfices aux actionnaires. Les sommes distribuées doivent donc avoir la qualité de « dividendes » c'est-à-dire d'une part de bénéfices reçue par l'actionnaire en cette qualité à la fin de chaque exercice.

Cependant, on rencontre souvent dans les statuts des sociétés une clause qui accorde aux actionnaires un intérêt fixe sur le montant versé de leurs apports ou qui autorise, parfois, la distribution d'acomptes sur le dividende dans le cours de l'exercice, ce qui n'est plus possible, depuis le décret du 30 octobre 1948 qui a édicté la règle de la distribution annuelle unique, qu'en cas de dérogation spéciale.

Cette clause, ne soulève, bien entendu, aucune difficulté si le bénéfice réalisé en fin d'exercice est supérieur au montant de l'intérêt ou de l'acompte qu'elle prévoit. Mais si la société ne réalise pas de bénéfices, peut-on convenir que les intérêts fixes à un taux déterminé seront alloués aux actionnaires en tout état de cause ? L'allocation d'un tel intérêt ou d'une avance sur les bénéfices attendus, mais non en fait réalisés, ne serait-elle pas alors assimilable, du point de vue pénal, à une distribution d'un dividende ? Que faut-il décider en ce qui concerne les tantièmes attribués aux administrateurs ?

Toutes ces questions relatives à la validité de clauses semblables ont donné lieu à de très vives discussions et à une jurisprudence abondante.

(170) Charpentier et Hamelin, *op. cit.*, n° 538 ; Tchernoff, *op. cit.*, t. I, n° 437 ; Trib. corr. Seine, 13 déc. 1882, *Rev. Soc.* 1883, p. 105.

(171) Ripert et Roblot, t. I, n° 1481 ; Escarra, n° 849 ; Cass. crim, 28 mars 1936, D.H. 1936.270, *Gaz. Pal.*, 1936.2.9 ; Trib. corr. Seine, 20 déc. 1933, *Rec. jur. Soc.*, 1934, p. 54. *Gaz. Pal.* 1934.1.331.

A. — *Les intérêts fixes.*

La légitimité de la clause d'intérêts fixes ne fait point doute lorsque l'intérêt prévu n'est prélevé que sur les bénéfices de l'exercice ou sur les réserves existantes. Dans ces hypothèses, l'intérêt payé aux actionnaires n'est autre chose qu'un dividende minimum (172). La clause n'a qu'une portée des plus restreinte, et elle n'a pas la qualité de modifier la nature des sommes ainsi distribuées aux actionnaires sous la dénomination d'intérêts. Les distributions effectuées en vertu d'elle restent des distributions de bénéfices et, sous peine de constituer le délit, ne peuvent se réaliser qu'autant qu'il y ait des bénéfices et dans la mesure de ceux-ci.

Mais en dehors de ces hypothèses, la discussion reste ouverte et c'est dans ce cas que se manifestent, à défaut d'une réglementation légale dans les sociétés autres que les sociétés à responsabilité limitée, les opinions les plus diverses sur la validité de la clause.

Il importe de remarquer que la clause d'intérêts fixes se présente sous différentes modalités. Tantôt les statuts prévoient simplement que l'intérêt sera payable même en l'absence de bénéfices, tantôt qu'il sera considéré comme une charge sociale. D'après certains statuts, il pourra être prélevé sur le capital même de la société si le résultat de l'exercice n'est pas bénéficiaire. La question de validité de la clause se trouve ainsi compliquée encore d'une question d'interprétation (173) car le sens des formules employées par les statuts devra toujours être exactement précisé.

Un certain nombre d'auteurs ont soutenu que la clause d'intérêts fixes est contraire à l'essence même du contrat de société, et, par conséquent, l'allocation d'un intérêt aux actionnaires en l'absence de bénéfices doit être assimilée à la distribution de dividendes fictifs (174). Pour appuyer cette thèse, on a invoqué les arguments suivants :

La clause est contraire à ce principe fondamental d'après lequel chaque associé doit participer aux risques sociaux (art. 1855, al. 2, C. civ.);

Assurer des bénéfices à tout événement, c'est dénaturer la société et la laisser empiéter sur le prêt. Les dividendes des associés sont, en effet, par nature variables et aléatoires, puisqu'ils dépendent des résultats de l'exercice, tandis que les intérêts du prêteur ne sont pas aléatoires mais ils sont certains et fixes : que la société réalise ou non des bénéfices, elle doit payer les intérêts ;

(172) Lyon - Caen et Renault, t. II, n° 552 ; Pic. et Kreher, t. II, n° 1181 ; A. Wahl, Précis théorique et pratique de droit commercial, n° 937, p. 302 ; V. aussi J. Moliérac, De la clause d'intérêts fixes dans la société en commandite, Rev. Soc., 1938, p. 113.

(173) Cass. civ., 7 mai 1878, D. 1879.1.134 ; Paris, 1^{er} juin 1876, S. 1878.2.225 ; Trib. com. Marseille, 25 nov. 1886, Rev. Soc. 1887, p. 320.

(174) Beudant, note sous Cass. civ., 8 mai 1867, D.P. 1867.1.193 ; Demangeat, note sous Cass., 8 mars 1881, S. 1881.1.257.

Enfin, la clause est contraire au principe de la fixité du capital social, car, chaque fois que les actionnaires perçoivent une rémunération en dehors des bénéfices, ce n'est que sur le capital social que les sommes ainsi distribuées seront prélevées.

Pendant un certain temps, les juridictions du fond ont adopté cette opinion et se sont prononcées pour la nullité de la clause d'intérêts fixes (175).

Mais c'est à une autre conception que la Cour de cassation s'est ralliée (176) depuis son arrêt du 8 mai 1867, et l'on peut considérer qu'actuellement l'allocation aux actionnaires d'intérêts fixes est admise en principe aussi bien par la jurisprudence que par la doctrine (177).

On discute ainsi, maintenant, moins sur la nécessité d'admettre le principe que sur les conditions requises pour que la clause puisse produire tous ses effets. Ce n'est, en effet, qu'en vertu d'une clause régulière que les dirigeants de sociétés pourront, sans commettre le délit de distribution de dividendes fictifs, distribuer des intérêts même en l'absence de bénéfices.

Ainsi, les dispositions statutaires qui accordent un intérêt aux actionnaires même en l'absence de bénéfices, doivent-elles être explicites et non équivoques (178). La mention, cependant, d'absence de bénéfices ne paraît pas être nécessaire ; par conséquent, la clause peut se rencontrer dans les statuts sous différentes formes et avec une rédaction qui, tout en ayant la même signification, peut varier d'un statut à l'autre. En tout cas, la clause doit nécessairement être insérée dans les statuts, car tout autre mode d'établissement ne saurait pas être efficace.

D'autre part, la formule employée dans les statuts peut entraîner des conséquences importantes, notamment en ce qui concerne l'obligation de publication de la clause. En effet, dès l'instant où cette clause doit s'interpréter dans le sens d'une réduction définitive du capital social, elle doit, pour être valable, être portée à la connaissance des tiers. Par contre, si l'intérêt fixe est considéré comme une charge incorporée dans les frais

(175) Trib. com. Seine, 27 oct. 1858, D. 1859.3.24, Orléans, 20 déc. 1860, S. 1861.2.289 ; Paris, 14 août 1868, S. 1868.2.248 ; Marseille, 25 nov. 1886, Rev. Soc. 1887, p. 320.

(176) Cass. civ., 8 mai 1867, D.P. 1867.1.193, S. 1867.1.253.

(177) Hamel et Lagarde, t. I, I, n° 469, p. 572 et s. ; Ripert et Roblot, t. I, n° 1475 ; Pic et Kreher, t. II, n° 3022 ;

R. Thénard, La validité de la clause d'intérêts fixes payables en cas d'absence de bénéfices, Journ. Soc. 1939, p. 193 ; R. Estavialle, De la clause d'intérêts fixes en droit français, thèse, Toulouse, 1929 ; J. Derruppé, La clause d'intérêts fixes, in Dix ans de conférence d'agrégation, op. cit., p. 179 et s. ; cass. civ., 8 mars 1881, D. 1881.1.198 ; Cass. Req., 28 juill. 1896, D. 1897.1.147 ; 15 nov. 1910, Journ. Soc. 1912, p. 161 ; Paris, 21 déc. 1906, Journ. Soc. 1907, p. 430 ; Toulouse, 16 janv. 1924, D.H. 1924.276.

(178) Lyon - Caen et Renault, t. II, n° 552 ; Houpin et Bosvieux, t. II, n° 1401 ; Lyon, 28 janv. 1890, Journ. Soc. 1891, p. 553 ; Comp., Besançon, 19 mars 1890, Rev. Soc. 1890, p. 454.

généraux et passé, à ce titre, au compte de pertes et profits, sans toucher au capital nominal, laissant ainsi subsister la nécessité de ramener l'actif sur les premiers bénéfices au chiffre statuaire de ce capital, la clause n'a point à être publiée (179) et révélée aux tiers sous une forme autre que par dépôt des statuts au greffe. La société n'est pas, en effet, assujettie à publier ses charges dans le journal d'annonces légales.

Cependant, des auteurs trouvent cette dispense de publicité fort discutable et dangereuse, car, dit-on, que le prélèvement statuaire apparaisse dans les comptes comme une charge ou comme une reprise éventuelle du capital, la situation est identique et le danger est d'autant plus grand que nulle règle n'interdit aux associés, dans les sociétés par actions, de prévoir ces prélèvements sans limitation de durée (180).

Certes, toute distribution d'intérêts fixes en l'absence de bénéfices diminue l'actif, et, par conséquent, autorise à dire qu'il y a en fait une réduction indirecte du capital social.

Mais réduire définitivement le capital social, c'est diminuer la somme inscrite pour lui au passif du bilan, ce qui n'est pas ici le cas puisque la société continue toujours à y porter le capital pour son montant intégral qui, de ce fait rentre nécessairement au calcul pour la détermination des résultats de chaque exercice. Le paiement de l'intérêt en l'absence de bénéfices ne fait alors qu'apparaître une perte qui devra être comblée par les bénéfices réalisés postérieurement et avant toute distribution de dividendes.

En outre, la stipulation d'un intérêt fixe ne modifie nullement la situation des actionnaires car ceux-ci, étant toujours obligés à contribuer aux pertes, sont exposés à ne toucher ni leurs intérêts ni le capital de leurs apports si l'actif n'est pas suffisant pour payer en priorité les créanciers sociaux (181).

D'ailleurs, la validité de la clause d'intérêts fixes était généralement reconnue dès avant la loi de 1867, et, comme cette loi ne l'a pas proscrite, on doit reconnaître qu'elle n'a pas cessé d'être licite même sans publicité particulière. Cette condition n'est exigée que pour la validité de la clause d'intérêts intérimaires ou intercalaires insérée dans les statuts des sociétés à responsabilité limitée, sociétés dans lesquelles il y a une réglementation légale qui, pourtant, ne peut être étendue aux autres sociétés.

(179) Percerou, note sous Cass., 15 nov. 1910, D. 1912.1.97, Ann. dr. com. 1911, p. 170 ; Cass. civ., 8 mai 1867, S. 1867.1.253 ; Cass. civ., 7 nov. 1899, S. 1901.1.516, D. 1900.1.369, note Thaller ; Cass. civ., 15 nov. 1910, Journ. Soc. 1912, p. 161 ; Cass. civ., 5 mai 1915, S. 1915.1.65 ; Contra : Lyon-Caen, note S. 1911.1.5 ; Thaller, note D. 1900.1.369 ; Wahl, note S. 1901.1.513 ; Rennes, 25 août 1863, S. 1864.2.63 ; Trib. civ. Avesnes, 14 mai 1891, Journ. Soc. 1892, p. 27.

(180) Hamel et Lagarde, t. I, n° 469 ; Ripert et Roblot, t. I, n° 1475, p. 685.

(181) Houpin et Bosvieux, t. II, n° 1406 ; Paris, 14 août 1868, S. 1868.2.248 ; Comp. Cass. Req., 6 mai 1868, S. 1868.1.243 ; 7 mai 1878, D. 1879.1.134.

Ainsi convient-il ici de bien préciser la nature des intérêts intercalaires ou intérimaires, afin de ne pas les confondre avec les intérêts fixes que l'on rencontre dans les sociétés par actions et qui correspondent à une tout autre notion.

Les intérêts intercalaires ou intérimaires sont ceux qui sont attribués aux associés d'une entreprise pendant la période où s'effectuent des travaux d'installation, de premier établissement, ou de mise en route industrielle, période généralement improductive. L'article 34 de la loi du 7 mars 1925 a apporté à ce sujet certaines indications qui sont d'autant plus précieuses qu'elles constituent une innovation.

D'après ce texte, pour qu'un intérêt intercalaire puisse être valablement versé aux associés d'une société à responsabilité limitée (182) il est nécessaire :

1° que les statuts contiennent à ce sujet une clause explicite ;

2° que cette clause soit, à peine de nullité, insérée dans l'extrait de l'acte de société publié au Bulletin Officiel des annonces légales obligatoires et dans un journal d'annonces légales conformément à l'article 13 de la loi du 7 mars 1925. La clause doit en outre, depuis la réforme du registre de commerce par le décret du 9 août 1953, être mentionnée dans l'inscription de la société à ce registre (C. com. art. 64-12°); le défaut d'inscription est sanctionné, d'après la loi, par l'opposition aux tiers, à moins que le gérant ne prouve par les moyens de preuve admis en matière commerciale qu'ils avaient personnellement connaissance de l'existence de la clause (C. com., art. 63);

3° que la distribution ne soit autorisée que pour la période de temps nécessaire à l'exécution des travaux qui, d'après l'objet de la société, doivent précéder le commencement de ses opérations ;

4° que le montant des intérêts ainsi payés soit compris dans les frais de premier établissement et réparti sur les années qui présenteront des bénéfices dans les conditions fixées par les statuts.

Il en résulte que tout versement fait aux associés correspondant à un taux d'intérêt supérieur à celui qu'ont prévu les statuts ou après l'expiration du terme fixé par les statuts à l'application de la clause, constituerait une distribution de dividendes fictifs. Il en serait de même si toutes les conditions requises par la loi et notamment celle de publicité n'étaient pas remplies.

Notons pour terminer que la clause d'intérêts intérimaires ou intercalaires figure généralement dans les statuts primitifs, mais il serait possible, dans le cas contraire, de les insérer après la constitution de la société, du moment que l'on se trouve encore dans les conditions légales.

(182) Ripert et Roblot, t. I, n° 957 ; Hamel et Lagarde, t. I, n° 815 ; Escarra, n° 958, p. 613 et s.

B. — *Les acomptes.*

En principe, le paiement du dividende se fait annuellement après la clôture de l'exercice social et à une date fixée par les statuts, par l'assemblée générale ou par les dirigeants eux-mêmes.

Cependant, certaines sociétés procèdent, soit en vertu d'une clause spéciale des statuts, soit dans certains cas, même dans le silence des statuts, à la distribution en cours d'exercice d'un acompte sur le montant des bénéfices attendus de cet exercice. Le dividende attribué à chaque actionnaire est ainsi divisé en deux fractions : l'une représentée par l'acompte et payée par prélèvement avant la fin de l'année sociale, l'autre correspondant au solde et répartie seulement après la confection des écritures sociales annuelles et leur approbation par l'assemblée générale.

La distribution d'un acompte doit être traitée de la même manière que la distribution d'un dividende de fin d'exercice. Elle donne lieu, par conséquent, à l'application des peines du délit de distribution de dividendes fictifs si elle est opérée en l'absence d'inventaire ou au moyen d'inventaire frauduleux alors que la situation sociale n'est pas bénéficiaire (183). L'acompte doit donc être justifié à l'époque de sa distribution par un inventaire mensuel ou semestriel faisant ressortir des bénéfices suffisants à son paiement. Dans ces conditions, la distribution d'un acompte ne peut, quels que soient les événements ultérieurs, donner lieu à des poursuites pénales (184).

Mais, si la répartition d'un acompte ne peut donner lieu à des poursuites pénales dès lors qu'elle a eu pour base l'état réel des affaires au moment où elle a été opérée, par contre, elle constitue la distribution d'un dividende fictif et elle est de nature à engager la responsabilité des administrateurs ou gérants lorsque la société n'a pas réalisé de bénéfices à l'époque de la distribution et que ceux qu'elle a réalisés avant la clôture de l'exercice ne sont pas au moins équivalents à l'acompte distribué (185). En d'autres termes, le délit disparaîtrait si, la situation en fin d'exercice s'étant redressée, le bilan annuel faisait ressortir un bénéfice au moins égal au montant de l'acompte fictif distribué (186).

Il faut noter cependant que la question de distribution d'acomptes a perdu la plus grande partie de son intérêt depuis que le décret du 30 octobre 1948 pris à la demande de banques a imposé aux sociétés la règle de l'échéance annuelle unique.

(183) Roussellet et Patin, *Délits et sanctions*, op. cit., n° 272, p. 205 ; Cass. crim., 1933, Gaz. Pal. 1933.1.973, Journ. Soc. 1933, p. 529.

(184) Houpin et Bosvieux, t. II, n° 1337, p. 571 ; Lyon, 12 mars 1885, D. P. 1886.2.137 ; Paris, 18 mars 1887, D.P. 1888.2.129 ; Aix, 23 juin 1904, Journ. Soc. 1905, p. 316.

(185) Lecompte, note sous Cass. crim., 31 mars 1933, Journ. Soc. 1933, p. 529.

(186) Copper - Royer, t. II, n° 246 ; Grenoble, 6 déc. 1934, Rev. trim. Soc. 1935, p. 42 ; Trib. corr. Seine, 21 avr. 1886, Journ. Soc. 1886, p. 783.

En effet, l'article 4 de ce texte dispose que, nonobstant toute clause contraire des statuts, l'ensemble des intérêts, dividendes et autres produits périodiques revenant aux actions et aux parts de fondateur pour un exercice social déterminé, devra être payé en une seule fois, sauf dérogation spéciale accordée par le ministre des finances. La date d'application de cette mesure a été fixée au 1^{er} janvier 1949 par arrêté ministériel du 6 décembre 1948.

Ainsi, le paiement d'un acompte sur le dividende n'est-il plus possible qu'au cas de dérogation accordée à la société par décision ministérielle.

C. — *L'attribution de tantièmes aux administrateurs.*

Les administrateurs des sociétés anonymes ne reçoivent pas forcément un salaire mais il est rare que les statuts ne leur accordent pas en dehors du remboursement éventuel de leurs frais de déplacement ou de mission une rémunération sous la forme de jetons de présence, passés par frais généraux, et des tantièmes (187) prélevés sur les bénéfices dans les limites édictées par l'article 11 de la loi du 4 mars 1943, modifié par le décret du 30 septembre 1953. La question se pose alors de savoir si les tantièmes ainsi distribués aux administrateurs en rémunération de leurs soins peuvent avoir le caractère de dividendes au regard de l'article 15-4° de la loi de 1867.

Certains auteurs, prenant argument des dispositions des lois fiscales du 15 juillet et du 26 avril 1930, estiment que les tantièmes, étant prélevés sur les bénéfices nets de la société, doivent être assimilés à des dividendes, et, par conséquent, le délit de distribution de dividendes fictifs devrait être retenu si les bénéfices étaient fictifs (188).

D'autres, en faisant valoir que le droit fiscal a son domaine propre, soutiennent que l'attribution aux administrateurs des tantièmes ne pouvait en aucun cas réaliser le délit de distribution de dividendes fictifs (189).

C'est à cette dernière opinion que la jurisprudence semble avoir donné sa préférence lorsqu'elle décide que les administrateurs, en présentant sciemment un bilan frauduleux pour se faire attribuer des tantièmes qui ne leur sont pas dus, commettent, au préjudice de la société, le délit d'escroquerie (190). Il en est ainsi alors que le but principal poursuivi par eux a été la répartition entre les actionnaires de prétendus bénéfices (191).

(187) A.N.S.A., Les rémunérations des présidents, administrateurs et gérants de sociétés par actions, régime juridique et fiscal. Brochures 81 et 68 ; J. Michel, La loi du 4 mars 1943, Gaz. Pal. 1943, 1 Doctr. 39.

(188) Rousselet et Patin, Délits et sanctions, op. cit., n° 274, p. 206 ; Lounais, De la Villeguérin et Accarias, op. cit., t. I, n° 438, p. 439.

(189) Copper - Royer, t. II, n° 247, p. 169 et s.

(190) Cass. crim., 2 févr. 1939, D.P. 1939.1.474 ; Cass., 3 août 1938, Gaz. Pal. 1938.1.894.

(191) Cass. crim., 3 août 1938, Gaz. Pal. 1938.1.894, Journ. Soc. 1940, p. 172.

Cependant, l'article 11 de la loi du 4 mars 1943 fournit, semble-t-il, des arguments en faveur de la thèse qui tend à assimiler, à tous points de vue, les tantièmes aux dividendes. Ce texte précise, en effet, que les tantièmes sont calculés sur le bénéfice net et non sur le bénéfice brut.

Mais il faut reconnaître que cette assimilation n'a du point de vue pénal, aucun intérêt pratique puisque le même article subordonne l'attribution aux administrateurs de tantièmes à la mise en distribution aux actionnaires de dividendes. Il importe alors peu si les tantièmes sont fictifs puisque le délit est déjà caractérisé par la distribution des dividendes.

§ 2. — LA DATE DE LA DISTRIBUTION DE DIVIDENDES FICTIFS

Lorsque les résultats de l'exercice sont connus, c'est-à-dire lorsque l'inventaire et le bilan ont été dressés, l'assemblée générale des actionnaires, se conformant aux dispositions légales et statutaires, décide de la distribution des dividendes. C'est toujours l'assemblée qui arrête le montant du dividende mais ce n'est pas toujours elle qui fixe la date de la mise en paiement du coupon. Elle laisse souvent cette décision au conseil d'administration ou au gérant (192).

Cette délégation à l'organe exécutif se présente parfois comme un véritable ajournement de la mise en distribution du dividende ; dans d'autres cas, au contraire, elle se présente comme une simple mesure d'ordre intérieur. On doit alors déterminer de façon précise le moment où l'actionnaire a un droit acquis sur le dividende car, à partir de ce moment, le délit de distribution de dividendes fictifs est consommé si les autres éléments sont réunis.

D'une façon générale, il y a distribution au sens juridique, lorsqu'une somme ou une valeur passe de la caisse sociale dans le patrimoine personnel des actionnaires qui, de ce fait, acquièrent un droit privatif sur cette valeur qui jusque là appartenait à la société. Comme le soulignait, en effet, la Chambre criminelle de la Cour de cassation dans son arrêt du 23 juin 1883, « la répartition des dividendes est accomplie lorsque, des bénéfices étant constatés et attribués aux associés ou actionnaires, ceux-ci ont acquis un droit privatif sur la valeur répartie » (193).

Mais la question se pose de savoir quel est l'acte qui ouvre aux actionnaires un droit privatif ; est-ce la répartition décidée par l'assemblée, ou la distribution effective décidée par le conseil ou le gérant ?

(192) Hamel et Lagarde, t. I, n° 729, p. 856 ; Ripert et Roblot, t. I, n° 1477 ; Escarra, n° 846, p. 526 et s.

(193) Cass. crim., 23 juin 1883, D.P. 1883.1.425 ; Adde : Cass. crim., 19 mars 1913, D.P. 1916.1.238 ; 19 déc. 1924, S. 1925.1.286 ; 28 mars 1936, Gaz. Pal. 1936.2.9.

A. — *La répartition de dividendes.*

Il est généralement admis par la doctrine que l'actionnaire ne devient créancier de son dividende qu'à partir du moment où l'assemblée générale a approuvé les comptes, arrêté le montant de ce dividende et décidé sa répartition. Jusqu'à cette date, les actionnaires ne possèdent aucun droit acquis et privatif sur les bénéfices réalisés par la société.

Cependant, il a été soutenu que l'actionnaire devient créancier dès que sont rassemblés les résultats de l'exercice, c'est-à-dire dès que les bénéfices sont déterminés (194).

Mais une pareille conception ne peut être acceptée pour les raisons suivantes :

Le bilan dressé par le conseil d'administration ou le gérant ne devient définitif qu'après l'approbation de l'assemblée générale.

Même à supposer que le bénéfice de l'exercice soit connu avant la réunion de l'assemblée générale, celle-ci peut toujours décider la mise en réserve de la plus grande partie de ce bénéfice. Ces pouvoirs de l'assemblée ne sont limités que par la théorie de l'abus de droit d'après laquelle la majorité des actionnaires ne peut imposer sa volonté à la minorité que dans les limites de l'intérêt social (195).

Il s'ensuit que l'actionnaire ne devient créancier du dividende que par l'effet de la décision de l'assemblée générale qui fixe le montant de ce dividende.

C'est en ce sens que s'est prononcé le tribunal de commerce de la Seine dans un arrêt du 4 mars 1933.

« Attendu qu'en décidant la répartition d'un bénéfice, en fixant la valeur d'un coupon, l'assemblée générale qui est l'âme de la personne morale que constitue la société anonyme se reconnaît débitrice envers les porteurs de coupon indiqué dans sa résolution. » Le tribunal ajoute : « que, si elle donne mandat à son conseil d'administration de fixer l'époque du paiement d'un dividende, il va de soi qu'elle lui fait obligation de réaliser une partie de l'actif constituant le bénéfice réalisé dans l'exercice considéré pour se créer une disponibilité de trésorerie suffisante pour parer à toutes les éventualités et rester à l'aise malgré la distribution dé-

(184) A. Wahl, *Le droit des actionnaires au dividende voté par l'assemblée générale*, Journ. Soc. 1934, p. 154.

(195) V. Homel et Lagarde, t. I, n° 724, p. 851 ; Amiaud, *Traité des réserves*, op. cit., n° 142, p. 245 ; R. David, *La protection des minorités dans les sociétés par actions*, thèse, Paris, 1928 ; Herouard, *Le contrôle judiciaire des pouvoirs de l'assemblée générale des sociétés par actions*, thèse, Paris, 1932 ; Hamel, *La protection des minorités dans les sociétés anonymes*, Rev. intern. dr. comp. 1951, p. 677 ; A. Peytel et G. Heymann, *De l'abus de droit dans les sociétés commerciales*, Gaz. Pal. 1951.1. Doctr., p. 50 ; P. Coppens, *L'abus de majorité dans les sociétés anonymes*, thèse, Paris, 1945, imprimée, 1947.

cidée, mais que cette réalisation doit être faite dans un délai normal et au maximum dans le courant de l'exercice en cours pour ne pas permettre la réintégration dans les opérations sociales d'une somme devenue la propriété des porteurs du coupon désigné » (196).

On voit ainsi que le conseil d'administration ne saurait ajourner sine die la mise en distribution du dividende voté par l'assemblée générale (197).

Mais la situation serait différente si le conseil justifiait de l'inexistence des bénéfices au moment où le dividende a été voté. Dans ce cas, la décision de l'assemblée générale n'est qu'un acte préparatoire à la distribution et n'ouvre aucun droit privatif sur le dividende au profit de l'actionnaire. On peut alors se demander si la distribution effective du dividende, c'est-à-dire la mise à la disposition des actionnaires, par décision du conseil, des sommes nécessaires au paiement du dividende voté par l'assemblée, crée ce droit privatif des actionnaires sur le dividende, droit qui seul consume le délit.

B. — *La distribution effective.*

Il est généralement admis par la doctrine (198) que la créance des actionnaires sur le dividende ne leur permet d'en réclamer le paiement qu'à la condition que le bénéfice constaté par le bilan soit réel. Le défaut de la réalité du bénéfice met ainsi obstacle à la distribution, même au cas où l'assemblée générale aurait approuvé les comptes et aurait fixé un dividende déterminé.

Une double conséquence en découle :

L'assemblée générale, tant que la mise en paiement du dividende n'a pas été ordonnée par le conseil ou le gérant peut revenir sur sa décision antérieure et, a fortiori, ajourner la date du paiement (199).

Au cas où le conseil d'administration s'aperçoit que le dividende voté par l'assemblée est en réalité, un dividende fictif, il est de son devoir de s'abstenir de toute mise en distribution. Autrement, il ne serait pas garanti contre la responsabilité dérivant de la distribution de dividendes fictifs.

C'est donc la décision du conseil d'administration de mettre les dividendes en paiement qui réalise, à l'égard de la loi pénale, la répartition.

(196) Trib. com. Seine, 4 mars 1933, S. 1935.2.15, note Rousseau, et sur appel, Paris, 1^{er} déc. 1934, S. 1935.2.65.

(197) Vincent, La nature des prérogatives conférées à l'actionnaire sur le dividende voté par l'assemblée générale, Rev. trim. dr. com. 1939, p. 257 et s. ; Pic et Constantin, Nature du droit au dividende voté par l'assemblée générale mais non encore mis en distribution, Rev. trim. Soc., 1935, p. 293 et s.

(198) Ripert et Roblot, t. I, n° 1480 ; Hamel et Lagarde, t. I, n° 729, p. 856 et s. ; Escarra, n° 846, p. 527.

(199) Cass. crim., 21 mai 1935, Rev. trim. soc., 1935, p. 474, Rev. sp. Soc. 1936, p. 365.

La jurisprudence est fermement fixée en ce sens.

En effet, d'après la Cour de cassation, le délit de distribution de dividendes fictifs n'est consommé que le jour où ce dividende est mis à la disposition des actionnaires, c'est-à-dire le jour où le conseil d'administration a décidé de mettre d'une manière effective les dividendes en distribution (200).

En conséquence, les administrateurs pourront toujours, malgré le vote intervenu en assemblée générale, suspendre la mise en paiement des dividendes fictifs, car les tribunaux ne sauraient ordonner un paiement contraire aux prescriptions légales d'ordre public.

Sur ce point, la Cour de Paris s'est prononcée en ces termes :

« qu'en votant la distribution d'un dividende l'assemblée générale d'une société consacre au profit de l'actionnaire un droit de créance qui, même lorsque la date du paiement n'est pas fixée, ne peut être supprimée que si le bénéfice régulier à l'origine apparaît ultérieurement fictif ou si, par suite d'indisponibilités résultant de circonstances imprévisibles et indépendantes de la volonté de la société, la distribution du dividende ne pourrait être opérée sans enfreindre des prescriptions légales » (201).

La même solution est admise par un jugement du tribunal correctionnel de la Seine du 20 décembre 1933 qui déclare notamment « que le conseil d'administration ayant décidé l'ajournement du paiement du dividende, il n'y a pas eu de distribution effective ; qu'en l'absence du fait matériel de distribution, qui est un élément essentiel du délit, celui-ci n'est pas caractérisé » (202).

De même dans le jugement du tribunal de commerce de la Seine, rendu le 12 juillet 1935, nous trouvons les attendus suivants :

« Attendu qu'il est de jurisprudence que le droit des actionnaires aux dividendes, fixés par une assemblée générale et non encore en distribution, est subordonné à l'existence d'un bénéfice ; ...Attendu, dès lors, que la distribution du dividende litigieux aurait été faite à l'aide de bénéfices non distribuables et non définitivement acquis ; Attendu que dans ces conditions, sans que ce tribunal puisse se prononcer sur la question de savoir si la distribution de ce dividende aurait constitué une infraction à l'article 15 de la loi de 1867, ce délit supposant l'intention frauduleuse, il est évident que cette distribution était illégitime ; Attendu, en conséquence, que ce tribunal ne saurait ni ordonner la distribution de ce dividende, ni fixer la date pour son paiement » (203).

(200) Cass. crim., 4 déc. 1947, *Le droit pénal* 1948, p. 95.

(201) Paris, 2 mai 1935, S. 1935.2.180, *Rev. Soc.* 1935, p. 227.

(202) Trib. corr. Seine, 20 déc. 1933, *Rec. jur. Soc.*, 1934, p. 54, *Gaz. Pal.* 1934.1.331.

(203) Trib. com. Seine, 12 juill. 1935, S. 1935.2.209.

On peut donc en conclure que si postérieurement à l'assemblée générale qui arrête le montant du dividende, le conseil d'administration ou le gérant se ravise et surseoit au paiement, le délit ne sera pas caractérisé car, la tentative n'étant pas punissable, seule la mise en distribution effective consomme le délit. Les administrateurs ou les gérants ont, par conséquent, non seulement le droit, mais même le devoir de s'abstenir de cette distribution lorsqu'ils se trouvent en présence de dividendes fictifs.

§ 3. — MODALITÉS DE PAIEMENT DU DIVIDENDE FICTIF

Par application du principe que le délit est caractérisé dès qu'une décision du conseil d'administration ou du gérant a créé un droit définitif au profit des actionnaires, la distribution effective et délictueuse peut être réalisée par tout moyen légal de paiement.

Certes, lorsque le conseil d'administration annonce par exemple que les fonds sont mis à la disposition des actionnaires aux guichets de la société ou remis à une banque pour être mis en paiement, ce paiement aura lieu normalement par remise matérielle d'espèces.

Mais tout autre mode de paiement (204), tel que chèque, virement, inscription à un compte courant doit être, au point de vue pénal, assimilé à la perception en espèces.

D'ailleurs, le décret du 7 décembre 1955 relatif au régime des titres nominatifs prévoit trois hypothèses dans lesquelles les dividendes, au lieu d'être versés en espèces, sont payés par chèque ou virement postal. Ces trois cas sont les suivants :

1° le titulaire du titre nominatif demande de son propre gré, le règlement, sous cette forme (art. 7, al. 1) ;

2° la société décide de s'y recourir pour une catégorie ou pour la totalité de ses titres nominatifs (art. 7, al. 3) ;

3° le paiement à effectuer excède la somme de 1.000 francs par certificat et par échéance (art. 7, al. 2).

D'autre part, la jurisprudence a fait application des sanctions pénales lorsque le mode de paiement était tout autre qu'une remise d'espèces.

C'est ainsi que l'attribution d'obligations de la société à un actionnaire en paiement de sa part de dividendes est assimilé, pour l'accomplissement du délit, à une remise d'espèces.

Sur ce point, la Cour de Lyon s'est exprimée ainsi :

(204) Charpentier et Hamelin, op. cit., n° 538 ; Lyon, 16 mars 1899, D. 1900.2.137 ; Trib. corr. Seine, 4 juill. 1923, Journ. Soc. 1923, p. 529, Rec. jur. Soc. 1923, p. 245.

« qu'il importe peu qu'il n'ait pas touché sa part en espèces monnayées, et qu'il ait été payé soit par l'inscription au crédit de son compte avec la société de la somme à laquelle il avait droit, soit, comme il déclare lui-même, en se faisant attribuer en paiement des obligations de la société » (205).

La distribution effective du dividende et son paiement peuvent donc résulter de l'attribution d'obligations qui, en droit, transforme l'actionnaire, jusqu'à concurrence du montant nominal de ces obligations, en créancier de la société.

La distribution effective et le paiement du dividende pourraient également être opérés par voie de compensation avec une dette des actionnaires envers la société (206). Ce sera le cas notamment lorsque le paiement s'effectue sous forme de libération de tout ou partie des actions antérieurement souscrites par l'actionnaire.

C'est ce qu'après la Cour de Paris (207), la Cour de cassation a décidé en ces termes :

« Attendu qu'il n'est point nécessaire que la distribution ait eu lieu matériellement ; qu'elle peut s'effectuer par voie de compensation et spécialement par l'affectation de valeurs à la libération d'actions antérieurement souscrites, que ce mode d'attribution n'enlève pas aux bénéfices distribués le caractère légal de dividendes et que si la valeur ainsi employée n'est pas fictive, l'opération rentre dans les termes des articles 15, n° 3, et 45 de la loi du 24 juillet 1867 » (208).

La distribution effective et délictueuse de dividendes fictifs peut donc être réalisée par tout moyen légal de paiement.

(205) Lyon, 16 mars 1899, D.P. 1900.2.137, S. 1901.2.297, note Wahl.

(206) Houpin et Bosvieux, t. II, n° 1421.

(207) Paris, 19 mars 1883, D.P. 1883.1.426, Journ. Soc. 1883, p. 428.

(208) Cass. crim., 23 juin 1883, D.P. 1883.1.425, S. 1883.1.428.

CHAPITRE II

L'ÉLÉMENT MORAL ET LE PROBLÈME DE L'IMPUTATION

En plus de l'élément légal et de l'élément objectif, la distribution de dividendes fictifs, envisagée du point de vue pénal, suppose un élément moral, c'est-à-dire le fait interne sur lequel se fonde la culpabilité du prévenu. Un acte prévu et puni par la loi pénale et les lois qui s'y rattachent n'expose en effet, en principe, celui qui l'a matériellement commis à une peine, que lorsque cet acte a son origine « dans un état d'âme dans une tournure d'esprit » (1) de son auteur.

C'est dans cet élément moral que se range l'intention délictueuse à défaut de laquelle le délit de distribution de dividendes fictifs ne saurait être relevé. Celui-ci se différencie de la sorte des délits, d'une part, d'imprudence, et, d'autre part, purement matériels qui ne sont punis que sur la simple constatation de la transgression d'une disposition légale sans qu'il soit nécessaire de prouver l'intention délictueuse ou l'existence d'une faute.

D'autre part, c'est un principe fondamental que la répression ne doit s'exercer que contre des personnes responsables. Pour qu'il y ait, en effet, responsabilité pénale, il faut non seulement que le délinquant ait commis une faute au sens large, soit intentionnelle soit d'imprudence ou de négligence qui constitue l'élément moral de l'infraction, mais encore, que cette faute puisse lui être imputée (2).

Aussi est-il nécessaire d'étudier tout d'abord l'intention délictueuse, élément constitutif du délit de distribution de dividendes fictifs, et d'examiner, ensuite, les questions relatives à l'imputation de la responsabilité pénale et à la répression.

(1) P. Bouzat et J. Pinatel, *Traité de droit pénal et de criminologie*, t. I, n° 119 ; V. R. Béraud, *L'élément moral des infractions*, Rép. Commailles, 1954, p. 125.

(2) G. Stefani et G. Levasseur, *Droit pénal général et criminologie*, 2^e éd., n° 299 ; R. Vouin et J. Léauté, *Droit pénal et criminologie*, p. 212.

SECTION I. — LA MAUVAISE FOI

Il ne fait pas de doute que l'intention délictueuse, qu'on dénomme traditionnellement mauvaise foi, est une condition nécessaire de l'imputabilité en matière de dividendes fictifs.

Certes, la nécessité de la mauvaise foi comme élément constitutif du délit n'est expressément visée ni par les articles 15-4° et 45 de la loi de 1867 ni par l'article 38 de la loi de 1925. Mais il n'est pas douteux que cette condition résulte implicitement des termes mêmes de ces textes sur le plan desquels de divers arguments peuvent être invoqués.

C'est ainsi que l'un et l'autre texte subordonnent l'existence du délit à l'absence d'inventaire ou à l'existence d'inventaire frauduleux. Or, le terme « frauduleux » suppose nécessairement un élément intentionnel, l'idée de fraude ou, suivant l'expression consacrée, la mauvaise foi. Il est employé donc par le législateur expressément pour rappeler que le délit présuppose chez ses auteurs la mauvaise foi. Par conséquent, si les responsables de la distribution — qui sont en même temps les présentateurs du bilan — ont établi un bilan frauduleux, la distribution proposée l'est de mauvaise foi.

D'autre part, le terme « dividendes fictifs », employé dans l'un et l'autre texte, ne laisse planer aucun doute sur le caractère intentionnel du délit puisque la fiction suppose à elle seule une dissimulation de l'état réel des affaires sociales, la fiction consistant justement ici à la représentation d'un bénéfice comme étant réel alors qu'il est inexistant ou non réellement acquis à la société. Le mot « fictif » n'est pas, en effet, ici équivalent de « non réel » mais il suppose une fiction. Ce qui n'est pas réel c'est le bénéfice.

En outre, le renvoi à l'article 405 du Code pénal par les textes précités démontre suffisamment que le délit de distribution de dividendes fictifs étant sanctionné par les peines de l'escroquerie, ne peut comme celle-ci être caractérisé que si aux éléments matériels s'ajoute un élément moral, la mauvaise foi.

Par ailleurs, cette analyse des textes se trouve confirmée par les travaux préparatoires de la loi de 1867 qui établissent suffisamment que la mauvaise foi constitue un élément essentiel du délit. Cette nécessité de la constatation de la mauvaise foi a été particulièrement exprimée par la commission qui parlait du dol et de l'intention coupable (3).

(3) Premier rapport fait à la séance du 3 mai 1867 au nom de la commission chargée d'examiner le projet de loi sur les Sociétés par Mathieu, in L. Tripier, Commentaire de la loi du 24 juillet 1867 sur les Sociétés, 2^e éd., t. I, n° 341, p. 145 et s.

Cette interprétation des textes relatifs au délit de distribution de dividendes fictifs est unanimement admise en doctrine (4) et en jurisprudence (5). La mauvaise foi est donc un élément constitutif du délit, et, par conséquent, la bonne foi est suffisante pour amener l'absolution d'un prévenu à la charge duquel la matérialité seule de l'infraction est établie.

L'importance donnée à l'intention est au surplus conforme à l'évolution du droit criminel. On ne s'attache plus, en effet, de nos jours aux seules indications d'ordre matériel vraiment trop sommaires, si ce n'est pour certaines infractions punies de peines légères. L'idée de répression est ainsi inséparable de celle de faute (6).

Mais cette faute, ce manquement à un devoir, a des degrés bien divers, des circonstances multiples la modifient, la grandissent ou l'atténuent. Le fait matériel s'efface alors complètement devant cette question de faute et de culpabilité qui se pose, problème aussi complexe que délitat, dont les multiples éléments ne sauraient être limitativement déterminés.

Aussi, importe-t-il de définir, tout d'abord, la mauvaise foi, de préciser le sens que nous lui donnons en notre matière et, d'examiner ensuite certaines questions concernant l'époque et la preuve de cet élément constitutif du délit.

§ I. — LA NOTION DE MAUVAISE FOI

La mauvaise foi est une notion psychologique qui n'est pas définie par la loi. Aucune règle générale n'a été, en effet, posée par le Code pénal, et les lois qui s'y rattachent ont évité de la définir. Nulle part on ne trouve, ainsi, d'article visant uniquement et spécialement la mauvaise foi, soit comme élément constitutif soit comme circonstance aggravante des infractions pénales.

Certes, en droit positif français, l'intention coupable ou dol général est le fait d'agir volontairement avec la conscience d'accomplir un acte illicite. Mais il paraît difficile de réduire la mauvaise foi à la seule connais-

(4) Hamel et Lagarde, t. I, n° 730, p. 858 ; Ripert et Roblot, t. I, n° 1481 ; Escarra, n° 850, p. 531 ; J. Déprez, L'élément intentionnel dans les délits relatifs au bilan, in *Le droit pénal spécial des sociétés anonymes*, op. cit., p. 240 et s. ; L. Constantin et A. Gautrat, *Traité de droit pénal en matière de sociétés*, n° 595 ; H. Launais, Y. De la Villeguérin et L. Accarias, *Droit pénal financier*, t. I, n° 425 et s., n° 446 et s. ; M. Rousselet et M. Patin, *Délits et sanctions dans les sociétés par actions*, n° 262 et 281 ; J. Tchernoff, *Traité de droit pénal financier*, t. I, n° 431 ; J. Charpentier et J. Hamelin, *Traité pratique des bilans et inventaires*, § 540.

(5) Cass., 17 juill. 1885, D.P. 1886.1.273 ; Paris, 5 août 1890, Rev. Soc. 1890, p. 489 ; Lyon, 16 mars 1899, D.P. 1900.2.139 ; Trib. corr. Seine, 26 févr. 1913, Gaz. Pal. 1913.179.

(6) Bouzat et Pinatel, t. I, n° 119 ; Vouin et Léauté, p. 203 et s. ; Stefani et Levasseur, n° 170 et s.

sance du caractère illicite de l'acte accompli. Ainsi posé, le problème serait singulièrement simplifié en droit pénal puisque la connaissance du caractère illicite de l'acte est présumée et que cette présomption ne souffre pas de preuve contraire.

En effet, la jurisprudence française érige en principe absolu que « nul n'est censé ignorer la loi » — *nemo censetur ignorare legem* — et que l'acte illégal reste susceptible de provoquer les sanctions pénales quand bien même son auteur, par une erreur de droit, aurait cru l'acte permis (7).

Il est indiscutable que cette règle est le complément indispensable de toute loi positive. Si l'on pouvait, en effet, se soustraire à l'application de la loi sous prétexte d'ignorance, la loi serait sans force et la justice resterait le plus souvent désarmée. Une loi qui ne s'imposerait pas par le seul fait de son existence, rendue publique, serait condamnée à une impuissance absolue.

Que faut-il alors entendre par intention délictueuse, élément caractérisant la mauvaise foi des administrateurs ou gérants ?

A cet égard il importe de préciser que si l'élément moral constitue un tout dans la psychologie du prévenu, il n'est pas pourtant sans intérêt de distinguer les principaux faits qui entrent dans sa composition, lorsqu'il s'agit de décider avec plus d'exactitude à partir de quel moment tout dirigeant de sociétés est psychologiquement coupable en raison du fait matériel de la distribution de dividendes fictifs qui lui est imputable. Il s'agit en réalité de savoir quels sont les faits psychologiques pris ici en considération par les lois sur les sociétés.

Disons tout d'abord à ce sujet que la responsabilité pénale ne saurait se concevoir sans la liberté.

La liberté est le principe même de toute action pénalement punissable. Manifestation de notre intelligence, elle nous permet d'exercer un contrôle sur nous-mêmes et de résister aux différentes forces physiques, physiologiques, sociales qui pèsent sur notre personnalité et tendent à déterminer notre action.

Ceci dit, la faute pénale peut se présenter sous deux aspects :

1° La faute peut être simple, c'est la négligence ;

2° Elle peut être intentionnelle, c'est l'intention délictueuse ou mauvaise foi.

Dès lors la question se pose de savoir où commence le domaine de la mauvaise foi et finit celui de la négligence. Qu'est-ce donc que la mauvaise

(7) H. Donnedieu de Vabres, *Traité de droit criminel et de la législation pénale comparé*, 3^e éd., n° 139 ; G. Vidal et J. Magnol, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, 9^e éd., t. I, N° 182 et s. ; Bouzat et Pinatel, t. I, N° 182 et s.

foi élément constitutif du délit de distribution de dividendes fictifs ; Suffit-il pour qu'il y ait mauvaise foi au sens de la loi de 1867 ou de celle de 1925 que le prévenu ait eu connaissance de la véritable situation de la société, ou faut-il exiger en outre qu'il ait été poussé, en procédant en dépit de cette connaissance à la distribution, par un mobile frauduleux ?

A. — *Mauvaise foi connaissance.*

Il est certain qu'une infraction ne peut pas être constituée si son auteur n'a pas eu connaissance des éléments objectifs qui la constituent. Est-ce donc la connaissance du fait externe qui donne à l'intention son caractère illégal ? En d'autres termes et en notre matière, la mauvaise foi consiste-t-elle dans la connaissance qu'ont eu les prévenus de l'inexactitude du bilan et de la fictivité du dividende mis effectivement en distribution ?

Bien que cette définition ne résulte pas expressément de la loi, la majorité de la doctrine estime à juste titre que les inculpés sont en mauvaise foi toutes les fois qu'ils ont eu à la fois connaissance du caractère inexact du bilan établi sous leur responsabilité et du caractère fictif du dividende dont ils ont décidé la distribution (8). Il suffirait donc pour la consommation du délit que les prévenus aient participé à la fois et en pleine connaissance de cause à l'utilisation de procédés comptables irréguliers et à la distribution de dividendes fictifs.

Il s'ensuit que même s'il était démontré que les prévenus n'avaient retiré de cette distribution aucun avantage personnel, le délit serait consommé car en matière de dividendes fictifs la mauvaise foi est indépendante du mobile frauduleux.

Si la connaissance par les inculpés des éléments constitutifs de l'infraction est nécessaire et suffisante pour que le délit existe, il n'est pas nécessaire pour autant que les prévenus aient connu une à une et dans leur détail les inexactitudes commises dans les écritures sociales. Il suffit de « démontrer que les prévenus connaissaient la situation obérée de la société et ne pouvaient croire à la réalité du bénéfice ressortant du bilan » (9).

Ainsi l'élément moral reste-t-il en relation étroite avec l'élément objectif. C'est que les faits qui le composent n'existent pas en eux-mêmes mais se rapportent au contraire à des faits objectifs. L'auteur d'une distribution de dividendes au moyen d'un inventaire frauduleux sait de la sorte que le dividende ainsi distribué est fictif ; il a connaissance de ce fait objectif juridique. L'objet sur lequel porte l'élément moral de l'infraction est donc lui-même un élément objectif de l'infraction.

(8) Hamel et Lagarde, t. I, n° 730, p. 858 ; Ripert et Roblot, t. I, n° 1481 ; A. Becquey, La distribution de dividendes fictifs, n°s 151 et s. ; Patin et Caujolle, Législation pénale en matière commerciale, p. 208.

(9) Constantin et Gautrat, op. cit., n° 596.

En effet, l'imputabilité de la distribution de dividendes fictifs est conditionnée par la connaissance des éléments objectifs qui constituent cette infraction. Le point de vue du législateur est donc à cet égard formel. Ce qui considère, ce n'est pas le résultat, mais l'acte. Il ne subordonne même pas l'incrimination à l'existence d'un dommage et, de ce fait, le préjudice n'entre pas en ligne de compte (10). L'intention coupable se définit ainsi comme une démarche de l'intelligence ; elle est la simple connaissance que les éléments constitutifs du délit sont réunis.

Cette façon de comprendre l'intention se retrouve dans un grand nombre d'arrêtés qu'elle inspire. La jurisprudence s'en tient en effet, en principe, à cette notion de mauvaise foi connaissance, et estime en conséquence inutile de prendre en considération le mobile lorsqu'il s'agit de se prononcer sur l'existence de la mauvaise foi (11).

C'est ainsi que la Cour de Paris dans un arrêt du 16 novembre 1925 a décidé que la mauvaise foi existe toutes les fois que l'on a sciemment dissimulé la situation véritable de la société. La Cour s'exprime en ces termes :

« ... le fait que les prévenus n'ont pas agi dans un but d'intérêt personnel ou de spéculation et qu'ils auraient cherché uniquement à maintenir le fonctionnement d'une société sérieusement constituée ne suffirait pas pour faire disparaître l'intention coupable au sens de l'article 15 ; que ce serait là confondre le mobile avec l'intention » (12).

Il résulte de cet arrêt que la considération du mobile qui a fait agir le prévenu, n'entre pas en jeu pour conditionner l'existence du délit. On ne tient compte au point de vue de l'incrimination que de l'intention délictueuse. Il importe peu par conséquent que les prévenus ne se soient pas inspirés en majorant l'actif ou en s'abstenant de pratiquer les amortissements nécessaires d'un but personnel de lucre mais simplement du désir de pallier une situation inquiétante pour le bon renom et le crédit de la société (13). Même si le redressement escompté se réalise, il ne peut valider une distribution portant sur des dividendes fictifs (14). C'est donc la connaissance d'irrégularités comptables qui, impliquant souvent la connaissance du caractère fictif du dividende, constitue le prévenu de mauvaise foi, et non le mobile intéressé (15).

En définitive, il paraît bien que, pour la jurisprudence comme pour la doctrine dominante, l'intention est la réalisation consciente de tous les

(10) Copper-Royer, *Rev. sp. Soc.* 1936, p. 875 et 899.

(11) Escarra, n° 850, p. 531 ; Douai, 18 avr. 1929, *Rev. Soc.* 1929, p. 521, *Journ. Soc.* 1931, p. 284, confirmé par Cass. crim., 30 mai 1930, S. 1933.1.195, *Rev. Soc.* 1930, p. 325.

(12) Paris, 16 nov. 1925, *Rev. Soc.* 1926, p. 517.

(13) Grenoble, 6 déc. 1934, *Rev. trim. Soc.* 1935, p. 42.

(14) Paris, 2 déc. 1936, *Journ. Soc.* 1937, p. 659.

(15) Cass. crim., 23 juin 1883, D. 1883.1.425 ; Cass. crim., 24 avr. 1891, D. 1893.1.49 ; Cass., 11 juin 1925, *Rec. jur. Soc.* 1926, p. 101 ; Rouen, 26 juill. 1912, D. 1916.11.113.

éléments constitutifs du délit. L'intention délictueuse ou mauvaise foi doit donc s'entendre de la connaissance des circonstances qui d'un acte apparemment licite peuvent faire un délit, autrement dit la connaissance des faits que la loi indique comme constitutifs du délit.

Cette conception juridique de l'intention délictueuse n'est pas conforme à la conception populaire qui y voit tout dessein mauvais plus ou moins antisocial. Sur ce point, la thèse qui intègre dans l'intention les mobiles ou motifs du prévenu, le but antijuridique poursuivi par lui, se rapproche de cette conception populaire.

B. — *Mauvaise foi et mobile frauduleux.*

Parmi toutes les circonstances qui peuvent exercer une influence sur la culpabilité, il en est une qui, toujours à considérer quand il s'agit de mesurer le degré d'une infraction, est, dans certains cas, nécessaire pour constituer la culpabilité ; cette circonstance, c'est le mobile du délit, c'est-à-dire les motifs qui guident l'auteur dans l'accomplissement de l'acte incriminé.

Or, certains auteurs, parfois certaines décisions se refusent à admettre que le délit de distribution de dividendes fictifs soit commis si les inculpés n'étaient pas convaincus d'avoir agi sous l'impulsion d'un mobile frauduleux.

Ainsi, d'après cette opinion, qui est plus favorable aux prévenus, la connaissance de l'irrégularité du bilan ne suffirait pas à caractériser le délit. La mauvaise foi au sens de la loi de 1867 ne saurait se réduire à cette notion psychologique élémentaire de la connaissance. Pour qu'il y ait délit, toujours d'après les mêmes auteurs, il faut encore qu'il soit établi que les prévenus ont été déterminés à commettre l'infraction par un mobile frauduleux extérieur à la simple mauvaise foi analysée dans l'action en connaissance de cause.

Certes, tous les auteurs d'infractions de même nature juridique poursuivent le même but intentionnel. Mais c'est l'intention finale qui est la cause véritable de l'infraction, l'origine unique du délit accompli ; en d'autres termes, on n'exécute pas l'acte pour l'acte lui-même mais en vue des avantages, des satisfactions directes ou indirectes qu'il procure. Ainsi à côté de l'intention délictueuse se rattachant au fait incriminé lui-même, viennent se ranger plusieurs intentions corrélatives qui toutes exercent leur influence dans l'appréciation de la culpabilité. Le droit pénal des sociétés trouve de la sorte une raison de plus de son autonomie : le mobile y étant pris en considération plus souvent que de droit commun.

Cette thèse a été notamment soutenue par M. Tchernoff qui écrit :

« ... le dol que le législateur a cherché à atteindre à l'occasion des sociétés par actions est un dol spécial dont la cupidité est le trait carac-

téristique. La jurisprudence postérieure nous semble avoir dépassé le but en écartant la notion du mobile qui, dans la circonstance, n'est autre chose que le dol spécial » (16).

Quelques décisions remontant en général à plus d'une cinquantaine d'années étaient en ce sens.

C'est ainsi que la Cour de Paris dans un arrêt du 5 août 1890 a considéré la mauvaise foi des prévenus comme insuffisamment établie parce qu'il apparaissait que les administrateurs avaient encore, lors de la confection du bilan et du rapport présenté à l'assemblée générale des actionnaires dissimulant en partie la véritable situation de la société, confiance dans le succès des affaires engagées et espéraient un bénéfice réel pour la société résultant d'une hausse sur le prix des marchandises en magasin (17).

Le Tribunal correctionnel de la Seine, dans un jugement du 21 avril 1886, considérait les auteurs de la distribution comme pouvant avoir été de bonne foi, ayant craint que l'inscription de créances à l'actif pour une valeur moindre que leur valeur nominale n'entraîne des soupçons prématurés sur la solvabilité de la clientèle et ne nuise aux intérêts de la société (18).

Dans un arrêt du 10 juillet 1895 la Cour d'appel d'Agen avait admis la bonne foi d'administrateurs qui, en distribuant des dividendes fictifs n'avaient pas obéi à une intention coupable, « mais au désir d'éviter la dissolution de la société et de lui permettre de revenir à meilleure fortune » (19).

Cette idée se trouve nettement développée dans un jugement récent du tribunal correctionnel de la Seine du 25 juin 1951. En l'espèce, l'irrégularité reprochée au président-directeur général de la société « L'énergie industrielle », était relative au mode de calcul de la valeur des titres de participation dans les bilans des exercices 1933, 1934 et 1935. Lors de l'établissement de ces trois bilans, les titres de participation cotés avaient subi d'importantes baisses, et les titres de participation non cotés ne paraissaient plus répondre aux espérances qui avaient motivé leur acquisition. Or, l'expertise a établi que ces deux catégories de titres ou bien avaient été maintenues à leur valeur de revient sans constitution d'aucune provision ni d'aucun amortissement pour dépréciation de portefeuille, ou bien n'avaient fait l'objet que de provisions insuffisantes. Il était donc incontestable que les dividendes distribués à l'issue de ces trois exercices étaient fictifs.

(16) Tchernoff, op. cit., n° 431.

(17) Paris, 5 août 1890, sous Cass. crim., 24 avr. 1891, D.P. 1893.1.49.

(18) Trib. corr. Seine, 21 avr. 1886, Journ. Soc. 1886, p. 783, Rev. Soc. 1886, p. 338.

(19) Agen, 10 juill. 1895, S. 1896.2.95.

Mais ces distributions présentaient-elles pour autant un caractère délictueux ?

Le tribunal ne l'a pas admis en faisant état des considérations suivantes :

« Attendu que des motifs tirés à la fois des données objectives et des éléments subjectifs de la cause doivent conduire à décider que P. M. Durand ne fut pas déterminé dans ses actes par l'esprit de fraude ;

« Attendu, en effet, ... qu'il ne fut émis aucune obligation nouvelle pendant la période considérée et jusqu'à une date nettement postérieure et que les porteurs d'actions furent mis à même de discuter les méthodes soumises à leur approbation ;...

« Attendu que l'utilisation d'un mode d'évaluation consistant à appliquer, pour le calcul des provisions, les cours du jour aux titres cotés et la valeur intrinsèque du moment aux autres pouvait conduire à la mise en liquidation de la société pour le plus grand dommage de tous ceux qui étaient intéressés à son existence ;

« Attendu que l'abandon d'une telle méthode permit au contraire d'éviter une aussi désastreuse conséquence » (20).

Ces attendus sont particulièrement intéressants en ce sens qu'ils mettent en lumière l'importance de la mauvaise foi dans le délit de distribution de dividendes fictifs. Le tribunal fait, en effet, une analyse minutieuse et approfondie des conditions dans lesquelles la distribution a été effectuée et fait ressortir que le délit n'était pas caractérisé du fait qu'en l'espèce les agissements incriminés avaient abouti au résultat escompté.

Mais il faut se garder, croyons-nous, de généraliser l'application du principe posé par cette décision qui n'est, selon l'avis de commentateurs, qu'une décision d'espèce.

Et tout d'abord, et il semble que ceci ne devrait pas avoir besoin d'être rappelé, l'intention est une pure notion psychologique. C'est donc uniquement de l'état d'âme du prévenu que l'on doit s'occuper lorsqu'on veut en indiquer les caractéristiques, et il est inadmissible de faire appel dans quelque mesure que ce soit aux circonstances de fait qui ont pu accompagner ou suivre la distribution.

Sans doute, en pratique, lorsque le juge dans un cas concret devra rechercher si le prévenu a agi de mauvaise foi, il faudra bien, ainsi que nous le verrons en traitant de la preuve de cet élément de délit, qu'il prenne en considération les faits objectifs, les seuls dont il puisse avoir une connaissance directe pour en conclure à l'existence ou à la non existence

(20) Trib. corr. Seine, 25 juin 1951, J.C.P. 1952.II.6656, note B.H., Journ. Soc. 1952, p. 214, Rec. trim. dr. com. 1952, p. 119, Commentaire de M. Rault, et p. 434, Commentaire de M. Bouzat.

de la mauvaise foi. Mais ce sera uniquement en tant que moyens de preuve qu'il invoquera ces faits, et non pas en tant qu'éléments constitutifs de l'intention.

En revanche, il ne faut pas oublier que la répression pénale est individuelle, c'est-à-dire extrêmement variable ; vouloir poser en matière de culpabilité des principes généraux, absolus, est un leurre. Mais si un principe général doit être posé en notre matière, c'est que la bonne intention, c'est-à-dire la croyance à la légitimité du but poursuivi, les mobiles honorables et légitimes qui inspirent l'acte à son auteur ne constitue en sa faveur ni un fait justificatif, ni une cause de non-culpabilité, ni une excuse. En d'autres termes, la légitimité du but poursuivi par le prévenu n'excuse pas la malhonnêteté des moyens.

En effet, l'intention psychologique n'est presque jamais simple. Ce que veut l'individu, c'est presque toujours à la fois tel résultat comme moyen et tel résultat comme but final. Et presque toujours l'analyse ne s'arrête pas là : il y a en réalité une série de résultats voulus par l'auteur pour satisfaire, en définitive, tel mobile.

Or, la loi pénale ne tient jamais compte de tous les résultats recherchés par l'auteur ; elle limite l'intention coupable à une partie de l'intention psychologique. L'intention pénale peut même exister sans que le résultat ait été directement et fermement désiré à moins que celui-ci ne soit nécessairement lié avec celui que veut produire l'auteur de l'infraction. L'intention délictueuse ou mauvaise foi se réfère donc uniquement aux conséquences immédiates, illégitimes de l'acte incriminé.

C'est pourquoi le fait d'avoir agi méchamment et à dessein de nuire à autrui, qui n'est pas autre chose que le mobile, n'entre pas dans la définition légale du délit. C'est pourquoi aussi l'incrimination n'est pas en principe subordonnée par la loi à l'existence d'un résultat, c'est-à-dire à l'existence d'un dommage.

Ainsi, le mobile qui varie toujours avec les individus et les circonstances ne s'identifie-t-il pas avec l'intention, volonté consciente de réaliser tous les éléments constitutifs du délit. En conséquence, il n'a en principe aucune influence ni sur l'existence ni sur la répression d'une infraction. La thèse donc finaliste qui consiste à intégrer en notre matière les mobiles dans la mauvaise foi du prévenu s'accorde mal avec les principes du droit français.

Certes, il n'est pas inexact de dire, avec le Doyen Hamel, que « dans le droit pénal du commerce, si le législateur entend ne pas gêner les initiatives fécondes, c'est le mobile frauduleux qui doit seul commander la sanction correctionnelle » (21). Il est certain, en effet, qu'une répression systématique en bridant les initiatives nécessaires paralyserait souvent la

(21) Hamel, préface in *Le droit pénal spécial des sociétés anonymes*, op. cit., p. 10.

vie des affaires. Ainsi peut-il s'expliquer quelquefois l'indulgence de certains tribunaux lorsqu'ils déclarent que ce qu'il importe de rechercher en dernière analyse c'est si le prévenu a été animé « par l'esprit de tromperie ou par celui de clairvoyance » (22) en récompensant ainsi sinon l'audace, en tout cas la réussite de celle-ci.

Mais il est incontestable que tout cela est à bien des égards dangereux et peut aller fort loin, dès lors que le succès et la bonne intention deviennent le critère de la légitimité de l'action, car ils font limiter le jeu de la sanction pénale (23).

En effet, tenir compte du mobile de l'auteur et en faire un élément du délit, c'est attribuer au législateur dont le rôle est objectif et impersonnel (24) le rôle qui normalement, doit être celui du juge.

Admettre en thèse générale que la culpabilité est conditionnée par le mobile, ce serait donner libre cours à certaines tendances toujours prêtes à se manifester et qui consistent à mesurer le respect de la loi sur ses convenances personnelles, ses sentiments propres.

Considérer le résultat de l'action d'un point de vue objectif pour décider s'il y a ou non mauvaise foi, c'est subordonner à l'évolution des affaires la qualification en un délit de telle ou telle irrégularité de gestion antérieurement commise.

Admettre que la répression ne doit intervenir que lorsqu'il y a mobile frauduleux, c'est dresser contre « la sanction pénale une barrière telle qu'en définitive le juge ne pourra condamner que dans des cas bien particuliers » (25).

Par ailleurs, la bonne intention qui réside ordinairement dans le but final, le résultat poursuivi, pourra-t-elle s'effacer devant des manquements graves aux obligations et aux prohibitions que la loi et la morale elle-même imposent aux dirigeants de sociétés ?

Les caractères spécifiques de la notion de mobile ne pouvaient donc permettre d'en faire un critérium et un élément constitutif de l'infraction.

Si le motif doit jouer un rôle dans la législation de l'avenir le législateur devra substituer à l'ancienne classification de faits coupables fondée sur la gravité des violations commises contre la loi commerciale, et la hiérarchie des peines une classification des délinquants eux-mêmes. C'est, on n'en peut douter, le renversement absolu des idées jusqu'ici universellement adoptées.

(22) Trib. corr. Seine, 25 juin 1951, précité.

(23) J. Larguier, Mauvaise foi et faux bilan, in Dix ans de conférences d'agrégation, Etudes de droit commercial offertes à J. Hamel, p. 298.

(24) H. Dupeyroux, Sur la généralité de la loi, in Mélanges R. Carré de Malberg, p. 137 et s.

(25) Larguier, Mauvaise foi et faux bilan, in Dix ans de conférences d'agrégation, op. cit., p. 297 et 298.

En effet, la loi ne s'occupe qu'exceptionnellement des motifs qui guident quelqu'un dans l'accomplissement d'un délit. Elle le fait par exemple dans l'article 15 - 2° de la loi de 1867 concernant le délit de publication de faits faux en vue d'obtenir des souscriptions ou des versements, et dans l'article 15-5° de la même loi qui interdit aux administrateurs ou gérants de présenter aux actionnaires, sciemment, un bilan inexact en vue de dissimuler la véritable situation de la société.

Sans doute les expressions « en vue de » et les termes similaires viennent de plus en plus fréquentes dans le droit pénal de sociétés. Mais peut-on dire que d'une façon générale, le législateur a voulu que l'élément subjectif des infractions visées par ces textes comporte une intention spéciale, c'est-à-dire le mobile ?

Il semble qu'il ne faut pas trop généraliser.

En effet, on peut tout d'abord remarquer que dans tous ces cas on doit ne tenir compte que du mobile ou du motif précis retenu par la loi, à l'exclusion des mobiles et motifs personnels à l'auteur et spéciaux au cas d'espèce, c'est-à-dire les intérêts ou les sentiments plus lointains qui ont déterminé l'action.

D'autre part, on peut objecter avec quelque raison que l'expression « en vue de » employée ne se réfère pas toujours à l'activité du prévenu mais à un autre élément de l'infraction.

Ainsi dans l'article 15 - 5° l'expression « en vue de » se rapporte à la nature des inexactitudes du bilan, le législateur ne voulant atteindre que les inexactitudes extrêmement graves transformant la véritable situation de la société (26). Il définit donc l'un des éléments objectifs que l'activité des administrateurs ou gérants eux-mêmes. Seulement il faut, mais il suffit, que l'auteur ait conscience — la loi dit, en effet, sciemment — de la nature de cet élément objectif.

Même si l'on n'admet pas que la loi tend à distinguer entre plusieurs sortes d'inexactitudes, la solution reste la même car la présentation d'un bilan inexact, en connaissance de cause, a nécessairement pour but immédiat de dissimuler la véritable situation de la société (27). La mauvaise foi connaissance contient en définitive, le prétendu mobile voulu par la loi.

La jurisprudence, suivie par la grande majorité de la doctrine (28), a donc raison de poser le principe que sauf texte contraire, les mobiles du prévenu sont indifférents pour l'existence de la responsabilité pénale. Principe posé tout naturellement sous les réserves que comportent et les faits eux-mêmes et la personnalité de leurs auteurs.

(26) Copper-Royer, Du délit de bilan faux, *Rev. sp. Soc.*, 1936, p. 898.

(27) Rousselet et Patin, *Délits et sanctions*, op. cit., n° 263.

(28) Hamel et Lagarde, t. I, n° 730, p. 858 ; Ripert et Roblot, t. I, n° 1481 ; Constantin et Gautrat, op. cit., n° 596 ; Pinoteau, *Législation pénale en matière économique et financière*, n° 280, p. 231 ; V. aussi : L. Bonnet, *Le but, élément constitutif du délit*, p. 7 ; R. Griffon, *De l'intention en droit pénal*, p. 121.

§ 2. — EPOQUE DE LA MAUVAISE FOI

Le problème de l'époque à laquelle il faut se placer pour apprécier la mauvaise foi de l'auteur du délit est généralement compliqué du fait que la distribution d'un dividende est une opération successive qui s'effectue en de multiples phases parmi lesquelles la date de la confection du bilan annuel sur la base duquel le dividende est distribué et celle de la mise en distribution effective par une décision du conseil d'administration ou la gérance sont les plus importantes.

Dans ces conditions le problème qui nous est posé ici est essentiellement de savoir si la mauvaise foi doit être appréciée à l'époque où le bilan a été établi, c'est-à-dire à la date de la clôture de l'exercice considéré ou, par contre, à l'époque où les dividendes ont été effectivement distribués.

A. — *La date de la confection du bilan.*

On sait que parmi les rôles légaux attribués au bilan ou à l'inventaire il y en a un qui est fondamental et consiste à révéler le chiffre des bénéfices à répartir entre les actionnaires. C'est lui qui détermine pour les administrateurs ou gérants de sociétés l'obligation impérieuse d'inventorier toute chose appartenant à la société avec exactitude et sincérité.

Sans doute, la détermination d'un bénéfice annuel revêt-elle un caractère arbitraire et conventionnel. Mais en vertu du principe de l'annualité des répartitions, il faut à la fin de chaque exercice arrêter les comptes sociaux et fixer le chiffre du dividende qui doit être distribué aux actionnaires.

Ce chiffre est d'abord arrêté par les administrateurs ou gérants chargés de déterminer le montant des bénéfices et de proposer la distribution aux actionnaires d'une partie de ces bénéfices. L'assemblée générale est, ensuite, appelée à approuver les propositions de dividende qui lui sont faites. Toutes ces opérations expliquent pourquoi, selon certains auteurs, la mauvaise foi ne devrait jamais être appréciée à une date postérieure à la clôture du bilan et à son approbation par l'assemblée générale.

Mais une solution pareille apparaît, du point de vue pénal, difficilement défendable parce que, juridiquement, il faut faire une distinction entre la date à laquelle on doit se placer pour apprécier la fictivité du dividende et la date à laquelle les dirigeants de sociétés ont eu connaissance de cette fictivité.

En effet, le caractère fictif du dividende doit s'apprécier non pas à la date où ce bénéfice est mis en distribution mais au jour où il est calculé, c'est-à-dire à la fin de chaque exercice. En conséquence, la mauvaise foi ne peut exister, du moins au point de vue pénal, que par la connais-

sance du défaut de bénéfice distribuable au jour de la clôture de l'exercice considéré. Peu important donc les événements postérieurs à la clôture de l'exercice, mais antérieurs à la décision de l'assemblée générale annuelle (29). Il y a lieu de maintenir les premières propositions, et les dividendes ainsi distribués sur la base d'un bilan exact et sincère lors de son établissement ne sauraient être fictifs et ne tomberaient pas, de ce fait, sous le coup de la loi. La jurisprudence est en ce sens.

C'est ainsi que s'est prononcée la Cour de cassation dans un arrêt du 25 juin 1927 rendu dans l'affaire « Banque industrielle de Chine », affaire qui a donné lieu à de nombreuses décisions.

Dans cette affaire, la Cour de Paris, dans son arrêt du 16 novembre 1925, après avoir reconnu sincère et régulier à la date de son établissement le bilan, le déclare ensuite frauduleux sous prétexte que les événements postérieurs à l'établissement de l'inventaire auraient modifié la situation de la société.

La Cour de cassation a annulé cette décision en déclarant que le délit de distribution de dividendes fictifs ne saurait être caractérisé si le bilan, lors de son établissement, était exact et sincère.

Sur renvoi, la Cour d'appel d'Orléans, pour écarter la contradiction et prononcer la condamnation des prévenus, a déclaré que les risques couverts par la banque qui avait ouvert des crédits très importants à des particuliers, étaient actuels au moment de la confection du bilan, et dès lors les créances à cette époque auraient dû comporter des provisions suffisantes (30).

Mais si le caractère fictif du dividende doit s'apprécier au jour de l'inventaire, la connaissance de la fictivité peut être postérieure à l'établissement du bilan et à son approbation par l'assemblée générale, et antérieure à la mise en distribution effective du dividende par la décision du conseil d'administration ou la gérance. En d'autres termes la mauvaise foi doit être appréciée à la date à laquelle le droit privatif au dividende s'est ouvert pour chaque actionnaire.

B.— *La date de la distribution effective.*

On sait, en effet, que le titre juridique qui crée le droit privatif des actionnaires sur le dividende est d'après la jurisprudence et la majorité de la doctrine soit le vote de l'assemblée générale, si le dividende est réel,

(29) Déprez, L'élément intentionnel dans les délits relatifs au bilan, in Le Droit pénal spécial des Sociétés anonymes, op. cit., p. 256 et s. ; Barrault, La notion de dividende fictif, p. 214.

(30) Cass. crim., 25 juin 1927, D.H. 1927.523, Gaz. Pal. 1927.2.726, cassant Paris, 16 nov. 1925, Rev. Soc. 1926, p. 317, Rec. jur. Soc. 1927, p. 65, et sur renvoi, Orléans, 14 janv. 1929, Gaz. Pal. 1929.1.519, Rev. Soc. 1929, p. 123.

soit la décision du conseil d'administration ou de la gérance, si le dividende est fictif (31).

Ainsi, en adoptant une telle distinction la jurisprudence laisse-t-elle la possibilité aux dirigeants de sociétés de se refuser à la distribution des dividendes fictifs malgré le vote intervenu en assemblée générale ordinaire (32).

Or, il serait inadmissible qu'un administrateur ou gérant s'apercevant de l'irrégularité du bilan déjà présenté et rendant fictifs les dividendes votés par l'assemblée, ait le droit impunément, s'abritant en l'occurrence derrière sa bonne foi lors de la confection du bilan, de mettre ces dividendes en distribution. A l'instant même où cet administrateur s'aperçoit de l'irrégularité du bilan et de la fictivité du dividende, le bilan devient à son égard frauduleux ; on doit donc conclure que la mauvaise foi doit être appréciée au plus tard à l'époque où les dividendes ont été effectivement mis en distribution, mais jamais à une date ultérieure.

La jurisprudence est en ce sens.

C'est ainsi que la Cour de cassation dans son arrêt du 25 juin 1927 a déclaré que « ... pour apprécier la légalité des dividendes et de l'inventaire, il faut considérer, uniquement la situation de la société à l'époque, soit de la rédaction de l'inventaire, soit de la distribution de dividende in-criminée » (33).

On trouve la même idée plus nettement exprimée dans un autre arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 28 mars 1936. L'arrêt est rédigé en ces termes :

« Attendu qu'en l'état de ces constatations, qui fixent au 5 octobre des dividendes fictifs ont été mis en distribution en 1929 et 1930, au profit des actionnaires de la Banque, par décision du conseil d'administration des 5 octobre et 15 octobre et au moyen de bilans frauduleusement établis par Ch..., administrateur de la société ;

« Attendu qu'en l'état de ces constatations, qui fixent au 5 octobre 1929 et au 15 octobre 1930 les dates auxquelles un droit privatif a été créé au profit des actionnaires de la société, l'arrêt attaqué n'a pu, sans qu'il y ait contradiction, se placer à la date du 4 juin 1931 pour apprécier le caractère frauduleux des bilans » (34).

(31) Pic et Constantin, Nature du droit au dividende voté par l'assemblée générale mais non encore mis en distribution, *Rev. trim. Soc.* 1935, *passim.* ; *Cass.*, 23 juin 1883, D. 1883.1.425 ; *Cass.*, 19 déc. 1924, S. 1925.1.286, *Rev. Soc.* 1925, p. 66 ; *Cass. crim.*, 28 mars 1936, *Rev. sp. Soc.* 1936, p. 454, *Gaz. Pal.* 1936.2.9.

(32) Wahl, Le droit des actionnaires au dividende voté par l'assemblée générale, *Journ. Soc.* 1934, p. 145 ; Pic et Constantin, *op. cit.*, p. 293.

(33) *Cass. crim.*, 25 juin 1927, D.H. 1927.523.

(34) *Cass. crim.*, 28 mars 1936, *Rev. sp. Soc.* 1936, p. 454, note Copper-Royer.

Il résulte donc de ces arrêts que la date extrême à laquelle le juge peut se placer pour apprécier la mauvaise foi du prévenu est celle de la distribution effective du dividende (35).

§ 3. — LA PREUVE DE LA MAUVAISE FOI

La preuve de la mauvaise foi, élément essentiel du délit de distribution de dividendes fictifs, soulève autant de difficultés que sa définition car un élément purement intellectuel ne peut pas se démontrer.

En effet, l'existence de l'intention délictueuse étant un fait du domaine de la conscience ne peut être perçue directement que de l'auteur du délit. Il est impossible de la prouver directement, et on devra nécessairement se contenter de l'affirmative du prévenu, pourvu toutefois qu'elle ne soit pas en contradiction avec les faits. Cet aveu, qui fait souvent défaut dans la pratique, peut même dans certains cas, se trouver insuffisant. On conçoit donc que si l'on exigeait la preuve absolue de l'élément moral du délit, on pourrait dire que cette preuve est impossible à fournir.

Comment dès lors arriver à une certitude ?

Il n'y a qu'une seule voie possible : la preuve indirecte au moyen de déductions tirées de faits établis. Le juge doit en effet, interpréter les faits et les agissements pour en dégager, par une analyse psychologique, l'intention vraie des prévenus.

Ainsi, très opportunément, la jurisprudence voit-elle une preuve de mauvaise foi dans certaines négligences excessives, et l'intention coupable est déduite d'actes ou d'omissions qui, relativement aux règles d'une saine administration, apparaissent par trop anormales.

La question se pose alors de savoir si, dans certaines circonstances particulières, une présomption de mauvaise foi doit être admise.

A. — Absence de présomption de la mauvaise foi.

Si nous examinons ce que dit la loi civile en matière de mauvaise foi, on voit que le Code civil dans son article 1116 décide que le dol ne se présume pas et doit être prouvé, et dans son article 2268 il ajoute « que la bonne foi est toujours présumée, et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver ». Le Code civil a prévu en outre les modes de preuve des divers faits et situations juridiques, et, il en indique la valeur probante. Quant au Code de procédure civile, il édicte les règles suivant lesquelles ces preuves doivent être administrées en justice.

(35) Rousselet et Patin, op. cit., n° 272 ; Constantin et Gautrat, op. cit., n° 599.

En application de ces principes généraux du droit de la preuve, c'est au Ministère public (36), demandeur, qu'incombe la preuve de l'infraction et de la culpabilité des administrateurs ou gérants poursuivis pour distribution de dividendes fictifs, c'est-à-dire la preuve de la réunion de tous les éléments du délit. Par contre, si l'inculpé se défend en invoquant un fait justificatif, une cause de non imputabilité, une excuse absolutoire, il lui appartient de les établir (27).

Cependant, il a été soutenu que, les prévenus étant en principe les administrateurs ou les gérants, il existe contre eux une présomption de mauvaise foi s'ils ont distribué des dividendes fictifs en l'absence d'inventaire ou au moyen d'inventaires frauduleux.

Cette thèse ne doit pas être retenue comme établissant une présomption de mauvaise foi sur la seule base des fonctions occupées dans la société, présomption qui aboutirait à renverser tout au moins, la charge de la preuve, administrateurs ou gérants poursuivis pour distribution de dividendes fictifs ayant à prouver leur bonne foi. Résultat absolument contraire aux principes généraux du droit de la preuve.

Certes, il est un peu paradoxal d'entendre un administrateur ou un gérant dire qu'il ignore tout ou presque, de la comptabilité en général et des comptes de la société dont l'établissement rentre dans l'un de ses premiers devoirs. Il est dangereux, d'autre part, de tolérer que des commissaires aux comptes, experts comptables, ne remplissent pas d'assez près leurs fonctions (38).

Mais il serait également très dangereux de voir les tribunaux présumer la mauvaise foi à partir d'éléments faisant soupçonner celle-ci sans l'établir d'une manière irréfutable (39), car on est tous d'accord à reconnaître que toutes ces sortes d'opérations n'ont pas toujours leur source dans une malhonnêteté foncière (40). Il ne faut pas oublier, d'autre part, que très souvent la direction d'une société se trouve effectivement concentrée dans les mains de quelques administrateurs et que les autres jouent un rôle effacé et sont peu ou mal au courant de ce qui se passe au cours de la vie sociale (41). En outre, la protection de la liberté individuelle et de l'honneur de la personne humaine exigent, en dépit même des plus graves soupçons, tant que la preuve complète de la culpabilité n'a pas été administrée que le prévenu soit couvert par une présomption d'innocence. La

(36) V. Vouin et Léauté, p. 419 et s.; Stefani et Levasseur, n° 188.

(37) En droit civil, la charge de la preuve est indiquée par les brocards : « actori incumbit probatio » et « Reus in excipiendo fit actor ». V. J. Chevallier, La charge de la preuve, Cours de doctorat 1958-1959. Les Cours de droit, p. 185 et s.

(38) Larguier, Mauvaise foi et faux bilan, in Dix ans de conférences d'agrégation, op. cit., p. 299.

(39) Déprez, L'élément intentionnel dans les délits relatifs au bilan, in Le droit pénal spécial des sociétés anonymes, op. cit., p. 262.

(40) Hamel et Lagarde, t. I, n° 730.

(41) Rousselet et Patin, op. cit., n° 281, p. 210 et s.

maxime « *actore non probante, reus absolvitur* » doit être considérée comme fondamentale en matière délictuelle. Il n'en est pas exactement de même de la maxime « *reus in excipiendo fit actor* » car le juge aussi bien que le Ministère public devra rechercher non seulement ce qui peut être contraire à l'inculpé mais aussi tout ce qui lui est favorable.

On peut retenir cependant de cette théorie que la qualité de gérants ou d'administrateurs est par elle-même un élément qui facilitera incontestablement la preuve de la mauvaise foi.

A cet égard MM. Rousselet et Patin écrivent :

« Sans qu'on puisse aller jusqu'à prétendre que les auteurs du bilan sont présumés de mauvaise foi et que le fardeau de la preuve se trouve renversé, il n'est pas douteux que leur seule qualité de gérants ou d'administrateurs, en vertu de laquelle ils participent à la confection du bilan, constitue en elle-même, à leur encontre, un élément d'appréciation très sérieux. » (42)

La jurisprudence et la doctrine, avec il est vrai des nuances, sont en ce sens. Elles considèrent que la mauvaise foi n'est pas présumée et doit, conformément à la règle générale, être prouvée par le Ministère public. Et, comme la preuve directe d'un élément psychologique est difficile, si non impossible, la mauvaise foi résultera normalement d'un ensemble de faits qui, réunis en faisceau, détermineront en définitive la conviction des juges. Il ne s'agit pas là d'un renversement de la charge de la preuve mais d'un simple déplacement de l'objet de la preuve, la mauvaise foi se trouvant établie par des indices tirés des circonstances mêmes de l'infraction.

Cependant certains auteurs ont pensé devoir établir à cet égard une distinction entre le cas de distribution de dividendes fictifs en l'absence d'inventaire et le cas de distribution au moyen d'un inventaire frauduleux. Dans le premier cas, la mauvaise foi serait présumée mais non dans le second (43).

Cette distinction n'est pas fondée car la loi n'établit dans le cas d'absence d'inventaire aucune présomption de mauvaise foi. Cette circonstance n'est pas donc à elle seule de nature à faire naître une présomption même contre les administrateurs ou gérants. Qu'il y ait absence d'inventaire ou inventaire frauduleux, les juges ont ainsi toujours un pouvoir d'appréciation, sauf à admettre plus facilement la mauvaise foi dans le premier cas que dans le second (44).

(42) Rousselet et Patin, loc. cit.

(43) P. Pont, *Sociétés civiles et commerciales*, t. II, n° 1554 ; A. Mathieu et Bourguignat, *Commentaire abrégé de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés* n° 150 ; V. Paris 19 mars 1883, S. 1883.1.425 ; Trib. corr. Seine, 20 sept 1884, Rev. Soc. 1884, p. 694.

(44) Nourissat, *Des éléments constitutifs du délit de dividendes fictifs dans les sociétés par actions*, p. 133 ; Charpentier et Hamelin, op. cit., § 540 ; Constantin et Gautrat, op. cit., n° 595, p. 600 et 601.

C'est ainsi que la Cour de cassation dans un arrêt du 31 mars 1933 a pris en considération pour apprécier la mauvaise foi, non seulement l'absence d'inventaire mais aussi la connaissance par les prévenus du fait que la société avait souffert d'importantes pertes qui interdisaient la distribution incriminée. La Cour s'exprime sur ce point en ces termes :

« Attendu que le jugement et l'arrêt attaqués énoncent que la distribution d'un acompte de 25 francs sur le dividende de 1920 a été décidée à la réunion du conseil d'administration du 18 juin 1920, sans qu'il ait été procédé à aucun inventaire, alors que Jean Stern et ses coprévenus n'ignoraient pas que la société, loin d'avoir réalisé des bénéfices, avait souffert d'importantes pertes qui interdisaient l'espérance de toute répartition aux actionnaires sur l'exercice en cours » (45).

Il résulte de cet arrêt que la preuve de l'existence de la mauvaise foi ne découle pas nécessairement de l'absence de l'inventaire et que par conséquent la loi n'a pas fait de cette circonstance une présomption légale de l'élément moral du délit.

Tout laisse alors à croire que la Cour de cassation aurait cassé l'arrêt attaqué si celui-ci n'avait pas formellement constaté à côté de l'absence de l'inventaire, élément objectif du délit, l'existence de l'élément moral qui, rappelons-le, consiste en l'occurrence à la connaissance de la fictivité du dividende. En d'autres termes, l'absence de l'inventaire n'implique point à elle seule ni la fictivité du dividende ni la connaissance de la part des administrateurs de celle-ci.

C'est donc de l'ensemble des circonstances qui ont précédé ou accompagné la distribution incriminée que résultera la preuve de l'intention délictueuse. Tant pour la mauvaise foi que pour les autres éléments constitutifs du délit, c'est d'ailleurs au Ministère public à faire la preuve de leur existence ; jamais le prévenu ne peut être censé avoir agi intentionnellement jusqu'à ce qu'il fasse la preuve du contraire. Sans doute, peut-il apporter cette preuve, mais ce n'est jamais pour lui qu'une faculté et non une obligation, un droit à la preuve dont on ne saurait le priver.

B. — *Constatation de la mauvaise foi.*

L'intention délictueuse ou mauvaise foi est réputée, en dehors de l'aveu du prévenu, résulter implicitement de la constatation des éléments matériels et des circonstances de fait qui la révèle. Sa constatation dépend ainsi étroitement de l'examen et de l'appréciation de tous ces éléments par le juge.

En effet, le juge apprécie en toute liberté la valeur des preuves qui lui sont soumises par les parties adverses. Cette liberté du juge dans l'appréciation des éléments de preuve est bien caractéristique du système de

(45) Cass. crim., 31 mars 1933, Gaz. Pal. 1933.1.973, Journ. Soc. 1933, p. 529.

l'intime conviction. C'est cette libre appréciation qui marque le recours au jugement de la conscience qui est à la base même du système des preuves morales. La loi confère à l'appréciation des juges un tel pouvoir de décision qu'ils n'auront pas à faire connaître les motifs qui ont formulé leur conviction. Celle-ci, après s'être formée en toute liberté, demeure souveraine en ce sens que la manière dont elle s'est formée ne saurait être discutée ni contrôlée.

A cet égard, la Chambre criminelle de la Cour de cassation s'est prononcée en ces termes :

« Attendu en ce qui touche l'exagération dans les inventaires de la valeur de certains articles et notamment des actions de la Caisse générale que l'arrêt déclare encore que cette évaluation bien qu'elle fût inexacte et contraire aux usages commerciaux, avait été faite sans intention frauduleuse ; que cette déclaration suffit pour justifier la décision de l'arrêt sur ce point » (46).

Il est donc impossible de prévoir et de fixer les différentes circonstances qui, une fois établies, permettront de conclure à l'existence ou à la non existence de l'élément moral : il y a là une question de fait.

Cependant, il est de toute importance de ne point se tromper sur la portée réelle et sur le sens exact de cette conséquence du système de l'intime conviction. Il convient à cet effet de bien souligner que le juge, tout en consultant librement sa conscience, n'en demeure pas moins soumis à certaines conditions ou limites d'ordre général et élémentaire qui font que cette conviction ne soit pas purement sentimentale, une conviction sans preuve.

C'est ainsi qu'il doit puiser sa conviction dans des preuves judiciaires admises par l'ensemble de la législation et ressortissant de la cause.

D'autre part, l'obligation de motiver les décisions judiciaires et le contrôle de cette obligation par la Cour de cassation viennent sanctionner et garantir l'observation par le juge des règles légales qui règlent la recherche et l'administration des preuves ainsi que les limites mêmes qu'impose une saine compréhension du principe de la preuve morale.

En outre, il est nécessaire de se livrer à un travail de raisonnement en suivant les règles de la logique juridique. L'appréciation des Cours d'appel n'est en effet souveraine qu'autant qu'elle n'est pas en contradiction avec les faits constatés par les arrêts eux-mêmes ou avec le caractère légal qui appartient aux circonstances appréciées par ces arrêts. La jurisprudence de la Cour de cassation se montre formelle sur ces points.

« Attendu que ces déclarations de l'arrêt attaqué, dit la Cour de cassation dans son arrêt du 11 juillet 1930, qui ne sont entachées d'aucune contradiction, sont souveraines ; qu'elles échappent au contrôle de

(46) Cass. crim., 28 juin 1862, S. 1862.1.625, D.P. 1862.1.305.

la Cour de cassation et qu'elles justifient pleinement la qualification donnée à l'inventaire au moyen duquel a été opérée la répartition de dividendes incriminée » (47).

Ainsi, tout le problème de limites de la conviction se confond-il avec celui de la motivation suffisante des jugements.

L'obligation pour le juge de motiver sa décision nous apparaît, en effet, comme constituant la plus haute garantie que la loi puisse donner aussi bien au justiciable qu'au magistrat qui, en livrant à la critique de tous les raisons qui ont inspiré sa décision, permet à quiconque de vérifier l'exactitude de ses appréciations, la justesse de ses raisonnements, le mérite de son interprétation.

On conçoit ainsi toute l'importance de l'analyse des faits opérée par les juges qui, en l'absence d'une preuve formelle de la mauvaise foi, ont à rechercher si les prévenus connaissaient la véritable situation de la société et pouvaient croire ou non à la possibilité d'un dividende, car tels sont les éléments fondamentaux de la constatation de la mauvaise foi en matière de dividendes fictifs.

Ainsi, la Cour de cassation, qui doit vérifier si c'est bien exactement que les juges ont défini l'intention délictueuse, peut-elle par là exiger que ceux-ci mentionnent expressément les raisons pour lesquelles ils nient cet élément constitutif du délit, ce qui ne peut évidemment pas résulter d'une simple négation, une fois la matérialité du fait admise. Relaxer le prévenu sur la simple affirmation que la mauvaise foi n'est pas établie, ce serait enlever à la Cour de cassation les moyens de contrôler l'exactitude de la solution donnée.

Mais la Cour de cassation semble à cet égard peu exigeante. Elle se contente, tout au moins au cas où la mauvaise foi fait défaut, à une simple formule de non existence. Même dans le cas contraire, elle se borne à intervenir lorsque l'appréciation des juges du fait est sur ce point en contradiction avec les faits constatés par les autres attendus de l'arrêt ou avec le caractère légal qui appartient aux circonstances par eux appréciées.

Il est incontestable cependant que les juges du fond, dans l'appréciation de l'élément moral du délit, font preuve de prudence en exigeant la réunion d'éléments suffisants, en l'absence desquels les prévenus sont souvent relaxés au bénéfice du doute. Toute incertitude sérieuse dans la preuve de la culpabilité rend illégale la condamnation. Le doute doit profiter, en effet, au prévenu suivant une maxime qui est reconnue comme un principe fondamental du droit : *in dubio pro reo*.

A cet égard, la Cour de Paris dans un arrêt du 18 juillet 1938 s'exprime en ces termes :

(47) Cass., 11 juill. 1930, D.P. 1932.1.145, note Cordonnier ; Adde : Cass. civ., 10 juin 1934, Journ. Soc. 1935, p. 483.

« Considérant en ce qui concerne les autres administrateurs qu'un doute subsiste sur leur mauvaise foi, que la preuve n'a donc pas été administrée de leur culpabilité et qu'il convient de maintenir la décision de relaxe de ce chef » (48).

En définitive, le prévenu est couvert pendant toute la durée de la procédure par une présomption de bonne foi, et, au cas de doute, il faut se prononcer en sa faveur. C'est donc une véritable présomption légale qui fait peser sur le Ministère public l'entier fardeau de la preuve. La partie civile fondant son action en réparation sur l'existence de l'infraction pénale bénéficie ainsi des preuves produites par l'accusation. Mais si la Société a intérêt à faire punir les coupables, elle ne saurait atteindre dans son honneur et sa liberté un innocent. C'est ainsi que la recherche de la vérité ne saurait recevoir en droit pénal les limitations artificielles qu'elle connaît en droit civil (49).

SECTION II. — LE PROBLÈME DE L'IMPUTATION DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE

La responsabilité, qui en droit pénal consiste dans l'obligation de répondre des conséquences de ses actes délictueux, exige, en règle générale, la culpabilité, c'est-à-dire la commission d'une faute intentionnelle ou d'imprudence, et l'imputabilité consistant dans la possibilité de mettre la faute au compte de celui qui l'a commise. En d'autres termes, tandis que la culpabilité suppose la commission d'une faute au sens large du terme, qui constitue l'élément moral de l'infraction, l'imputabilité est une qualification de l'auteur de cette infraction.

Il suit de là, du point de vue pratique, que la responsabilité pénale n'existe pas — et en conséquence aucune peine ne peut être prononcée — lorsqu'il n'y a pas de faute ou lorsque la faute n'est pas imputable à son auteur. Ainsi, parmi les causes qui suppriment la responsabilité pénale, peut-on distinguer les causes objectives de non-responsabilité ou faits justificatifs et les causes subjectives de non-responsabilité ou causes de non-imputabilité (50). Alors que les premières, ayant un caractère objectif, suppriment la responsabilité pénale à l'égard de tous, les secondes, ayant un caractère subjectif, font disparaître seulement la responsabilité pénale de celui chez qui elles se rencontrent, les autres, coauteurs et complices, demeurant responsables.

(48) Paris, 18 juill. 1938, J.C.P. 1938, p. 844.

(49) J. Patarin, Le particularisme de la théorie des preuves en droit pénal, in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal. Etudes de droit criminel sous la direction et avec une préface de G. Stefani*, p. 7 et s.

(50) Bouzat et Pinatel, t. I, n^{os} 237 et s.; Stefani et Levasseur, n^{os} 299 et s.; Vouin et Léauté, p. 234 et s.

Dans ces conditions, les seules causes d'irresponsabilité pénale que l'on ait à étudier ici sont les causes de non-imputabilité qui, bien entendu, intéressent particulièrement notre matière, en renvoyant pour une étude systématique des moyens d'irresponsabilité, aux traités de droit pénal.

Dès lors, il importe de savoir tout d'abord à qui est imputable par la loi l'acte délictueux de distribution de dividendes fictifs, et examiner, ensuite, les circonstances diverses qui ont permis aux juges d'imputer ou non la responsabilité pénale aux prévenus.

§ I. — PERSONNES PUNISSABLES

L'action publique, qui tend à l'application d'une peine ou d'une mesure de sûreté et qui suppose une responsabilité pénale, ne peut être exercée que contre ceux qui sont pénalement responsables, c'est-à-dire contre les auteurs et les complices du délit. En l'absence d'une détermination explicite par le Code pénal, la doctrine en général, pour distinguer l'auteur principal et, s'il y en a plusieurs, les coauteurs du complice, prend pour point de départ l'analyse des faits extérieurs puisque, du point de vue psychologique, la volonté consciente se trouve pour tous identique, et considère comme auteur ou coauteur celui qui a réalisé en sa personne l'élément objectif du délit tel qu'il est défini par la loi, celui en d'autres termes, à qui était imputable l'exécution même de l'infraction, et, comme complice celui des participants qui a contribué à la perpétration du délit de manière seulement indirecte (51).

C'est de la même façon qu'elle est effectuée expressément par les textes créant le délit de distribution de dividendes fictifs pour la détermination des auteurs principaux de ce délit.

A. — *Les auteurs principaux.*

Pour la loi du 24 juillet 1867 et la loi du 7 mars 1925 qui ont adopté une conception objective et qui considèrent l'acte plus que son auteur, l'auteur du délit est celui qui a accompli personnellement les actes constitutifs de l'infraction. Peu importe qu'il ait agi seul ou avec d'autres personnes se livrant ensemble aux actes que suppose la caractérisation du délit. Dès l'instant qu'il a accompli lui-même ces actes, il est dans tous les cas l'auteur ou le coauteur de l'infraction. Il a une criminalité propre.

(51) Bouzat et Pinatel, t. I, n° 794 ;

Stefani et Levasseur, n°s 290 et s.; Vouin et Léauté, p. 187 et s. - Sur l'insuffisance du critère légal, purement objectif, adopté par le Code pénal, et les difficultés pratiques que soulève en droit commun l'acte de participation lorsqu'il s'agit de déterminer, avec exactitude, le moment précis jusqu'auquel un acte de participation conserve son caractère de complicité et au delà duquel il devient un acte de coauteur : V. P. Gulphe, La distinction entre coauteurs et complices, Rev. sc. crim. 1948, p. 665 et s.

C'est ainsi qu'ont une criminalité propre en vertu de l'article 15 de la loi de 1867, applicable aux sociétés en commandite par actions, et de l'article 38 de la loi de 1925, sur les sociétés à responsabilité limitée, les gérants qui ont distribué ou laissé distribuer des dividendes fictifs.

Il en est de même, en vertu de la combinaison des articles 15 et 45 de la loi de 1867, des membres du conseil d'administration des sociétés anonymes. Mais comme le délit n'est pas nécessairement le fait de tout le conseil quoique ses actes s'accomplissent sous forme de décisions collectives, la preuve de la culpabilité doit, en raison du principe de la personnalité des peines, être rapportée individuellement contre chaque administrateur (52). La même solution prévaut pour le conseil de gérance, c'est-à-dire là où il y a plusieurs gérants.

La qualité d'administrateur ou gérant est substantielle du délit (53). En conséquence, personne ne peut être condamné comme auteur principal que s'il est constaté qu'il avait cette qualité au jour où le dividende était mis à la disposition des actionnaires et leur était définitivement attribué par la décision du conseil d'administration ou la gérance (54). A défaut de cette constatation la condamnation manque de base légale (55).

Il s'ensuit que l'administrateur ou le gérant qui n'a été nommé que postérieurement à la mise en distribution effective ne peut être condamné en raison du défaut de participation à la perpétration du délit (56). Il en est cependant différemment de l'administrateur ou gérant qui est entré en fonctions postérieurement à l'établissement du bilan mais antérieurement à la décision de la gérance ou du conseil d'administration (57). Peuvent seuls donc être poursuivis et condamnés pour distribution de dividendes fictifs comme auteurs principaux, les administrateurs ou gérants en exercice au moment où la décision de distribution était prise par le conseil.

Bien entendu, le président-directeur-général, étant lui-même administrateur et mandataire du conseil est lui aussi et principalement responsable pour avoir distribué des dividendes fictifs. Mais que décider du directeur général adjoint ?

En principe, le directeur général adjoint qui ne serait pas en même temps administrateur, n'engage pas sa responsabilité (58). S'il apparaît

(52) Tchernoff, *op. cit.*, t. 1, n° 439, p. 455 ; Constantin et Gautrat, *op. cit.*, n° 602, p. 608 et 609, texte et note 1 ; V. cependant, Houpin et Bosvieux, t. II, n° 1360, p. 605.

(53) Ripert et Roblot, t. 1, n° 1481 ; Escarra, n° 849.

(54) Cass. crim., 30 juill. 1887, *Journ. Soc.* 1890, p. 201 ; *rappr. Cass.*, 17 janv. 1956, *Bull. crim.* 1956.68.

(55) Cass. crim., 24 juill. 1886, *Journ. Soc.* 1887, p. 354.

(56) Cass. crim., 19 nov. 1887, D.P. 1888.1.191.

(57) Rousselet et Patin, *op. cit.*, n° 282, p. 213.

(58) V. Hamel et Lagarde, t. 1, n° 654, p. 780 et s.; L. Mazeaud, *De la pluralité des directeurs généraux adjoints des sociétés anonymes*, J.C.P. 1951.1. 53 ; Hamel, *Les pouvoirs du président et du conseil d'administration des sociétés anonymes*, *Gaz. Pal.* 1943.2. Doctr. 59 et s.

pourtant qu'un directeur général adjoint a rempli en fait le rôle des administrateurs, il doit être soumis à la même responsabilité qu'eux (59).

Mais si les textes relatifs au délit de distribution de dividendes fictifs ne visent expressément que les gérants et les administrateurs, ils n'en sont pas moins applicables aux liquidateurs dans la mesure où ce délit est compatible avec l'état de liquidation.

En effet, après la dissolution, la société continue de fonctionner comme par le passé, du moins pour un certain temps, il y a seulement substitution du liquidateur au gérant ou aux administrateurs et disparition des organes de contrôle. Il ne fait donc pas de doute que les dispositions des lois spéciales qui visent particulièrement le fonctionnement de la société doivent également demeurer en vigueur au cours de sa liquidation. La responsabilité pénale du liquidateur peut ainsi être engagée dans les mêmes conditions que celle des gérants et administrateurs auxquels il succède. Décider le contraire serait aller à l'encontre de l'esprit de la loi et de la volonté répressive du législateur. Il suffirait, en effet, de dissoudre la société et de la laisser dans l'état de liquidation pour mettre en échec toutes les prescriptions d'ordre pénal.

Cette interprétation est d'ailleurs celle de la jurisprudence qui, en ce qui concerne l'application de la peine, ne fait pas de distinction entre gérants ou administrateurs et liquidateurs (60).

B. — *Les complices.*

Comme l'auteur principal d'une infraction, le complice est, lui aussi, un délinquant ; mais il ne l'est que parce que et dans la mesure où l'auteur est lui-même délinquant. Il n'a pas, en d'autres termes, de criminalité propre mais il emprunte la criminalité de l'auteur principal. C'est cet emprunt de criminalité que la jurisprudence a greffé sur l'emprunt absolu de pénalité établi par l'article 59 du Code pénal qui punit légalement le complice de la même peine que l'auteur. La théorie de la participation délictuelle est ainsi restée, en droit français, dominée par la notion de criminalité d'emprunt du complice (61).

Une des conséquences essentielles de la criminalité d'emprunt, c'est que toute responsabilité à titre de complice suppose un lien de cause à effet entre l'intervention du complice et un acte principal punissable qui doit être parmi les crimes ou délits.

Il en résulte encore que même dans le cas où une personne aurait eu l'intention de participer à un acte punissable, il ne s'expose à aucune res-

(59) Angers 11 mai 1955, J.C.P. 1955.11.8741.

(60) Cass., 24 juill. 1886, Journ. Soc. 1887, p. 354 ; V. Talandier, *Responsabilité pénale et civile des liquidateurs*, p. 297.

(61) Vidal et Magnol, t. I, n° 406-5 ; Vouin et Léauté, p. 282 et s. ; Stefani et Levasseur, n° 294 et s.

ponsabilité si cet acte n'a pas été réalisé par autrui. En d'autres termes, la tentative de complicité, contrairement à la complicité dans la tentative — tentative qui reste d'ailleurs impunie en matière de dividendes fictifs — ne tombe pas sous le coup de la loi.

L'idée que les agissements du complice tirent leur caractère répréhensible du fait principal conduit en outre à décider que si ce fait, tout en répondant à la définition légale d'un délit, cesse d'être punissable, comme il le sera en cas par exemple de prescription ou d'amnistie, le complice échappe lui-même à la répression.

Enfin, le système de la criminalité d'emprunt porte en lui-même ses limites : il ne signifie pas que le sort du complice soit inévitablement lié à celui de l'auteur principal. Toute cause d'impunité qui n'opère qu'en la personne de l'auteur principal sera donc sans effet quant au complice.

En conséquence, le complice peut être poursuivi et condamné après le décès de l'auteur, quoique l'auteur vivant n'ait pas été en fait poursuivi par le Ministère public ou, dans le cas contraire, ait été acquitté pour absence de mauvaise foi.

Mais pour qu'un traitement aussi sévère soit appliqué au complice, il faut que soient réunis dans son cas les divers éléments constitutifs de la complicité punissable : 1° nécessité d'un fait puni par la loi. Il est impossible de punir ainsi la complicité dans la tentative de distribution de dividendes fictifs.

2° nécessité d'un acte de complicité. Il doit s'agir, à l'exclusion d'une omission, de l'un des actes prévus par la loi en une énumération limitative (art. 60 et 61 C. pén.). Ces actes constituent les complicités diverses parmi lesquelles on note notamment la complicité par instructions (art. 60, al. 1) qui consiste à donner sciemment des renseignements de nature à faciliter ou rendre possible l'exécution du délit et la complicité préparatoire (art. 60, al. 2 et 3) qui consiste à exécuter matériellement et avec connaissance les actes préparatoires du délit, à aider l'auteur principal dans l'exécution de ces actes ou à lui fournir sciemment les armes, instruments ou autres moyens d'exécution,

3° pour être réprimée, la participation, par l'un des modes prévus par la loi, à un fait principal punissable, suppose enfin chez le complice une intention coupable.

La distribution de dividendes fictifs constituant non une contravention mais un délit caractérisé (62), les règles ci-dessus succinctement exposées du droit commun lui sont applicables.

En effet, bien que les textes créant ce délit ne visent que les administrateurs et les gérants, ils ne créent point une infraction d'une nature

(62) Escarra, n° 850, p. 531 ; Copper-Royer, t. II, 242, p. 152.

exceptionnelle. En conséquence ils n'excluent pas les règles ordinaires de la complicité qui s'appliquent en principe à tous les délits, sauf les cas où la loi en a décidé autrement. Si donc la qualité personnelle de l'auteur du délit de distribution de dividendes fictifs est un élément constitutif et nécessaire de celui-ci, cette circonstance n'exclut en rien la complicité des tiers dans les termes de l'article 60 du Code pénal.

Sur ce point, la jurisprudence est depuis longtemps fixée. La Cour de Paris dans un arrêt du 19 mars 1883 s'est ainsi prononcée en des termes particulièrement nets :

« Considérant que, quelles que soient la fonction, la parenté, en un mot, les circonstances inhérentes à la personnalité que suppose une qualification pénale en ce qui touche l'auteur principal du délit, tout individu quelconque peut être repris comme complice de ce même délit, s'il a aidé à le commettre ; . . . qu'il en est de même au regard des délits propres aux administrateurs de sociétés ; que tout individu, étranger ou non à la société, peut s'en rendre complice dans les termes de l'article 60 du Code pénal, en aidant un administrateur à les commettre » (63).

Il résulte de cet arrêt que toute personne même étrangère à la société, peut être considérée comme complice, dans les conditions du droit commun, du délit de distribution de dividendes fictifs.

Seront ainsi poursuivis comme complices tous ceux qui, aux termes de l'article 60 du Code pénal « auront, avec connaissance, aidé ou assisté l'auteur de l'action dans les faits qui l'auront préparée ou facilitée, ou dans ceux qui l'auront consommée ».

Parmi les complices du délit peuvent ainsi se trouver tout d'abord les membres du conseil de surveillance et les commissaires aux comptes (64).

C'est ainsi que le tribunal de la Seine dans son jugement du 5 mai 1928 a condamné comme complice le commissaire aux comptes qui avait apporté à l'assemblée générale et avait consigné dans son rapport des déclarations mensongères sur la situation favorable de la société, alors qu'il en connaissait l'état précaire et les embarras financiers (65).

Il importe de rappeler ici qu'en maintes occasions le législateur a substitué au droit commun de la complicité, jugé insuffisamment répressif à cause de la difficulté parfois de trouver une infraction principale, le système des délits distincts. La complicité devenant délit distinct se découvre principalement dans le recel de choses primitivement considéré comme une forme de la complicité (art. 62 et 63). Il a été transformé en délit

(63) Paris, 19 mars 1883, sous Cass. crim., 24 avr. 1891, D.P. 1893.1.49.

(64) V. L. Huguenev, De la complicité des commissaires aux comptes dans les délits relatifs aux bilans, Rev. trim. Soc. 1938, p. 149.

(65) Trib. corr. Seine, 5 mars 1928, Rev. Soc. 1928, p. 412 ; Adde ; Cass. crim., 31 mars 1933, Journ. Soc. 1933, p. 529, Paris, 18 juill. 1938, Gaz. Pal. 1938.2.194.

distinct par la loi du 22 mai 1915 (art. 460 et 461 C. pén.). Le droit des sociétés en fournit un autre exemple précisément avec la responsabilité pénale des commissaires aux comptes (66).

On sait, en effet, qu'avant la promulgation du décret-loi du 8 août 1935, les commissaires aux comptes ne pouvaient être poursuivis pénalement que dans les hypothèses où, les administrateurs étant eux-mêmes passibles de peines, on pouvait relever à leur charge une véritable complicité par application des dispositions de l'article 60 du Code pénal. Cette solution qui procède du droit commun reste toujours en vigueur mais l'article 34 de la loi de 1867 modifié par le décret-loi du 8 Août 1935, contient une disposition qui, le plus souvent, doublera d'un délit distinct la complicité des commissaires aux comptes dans les cas suivants :

1° Omission volontaire de révéler au procureur de la République les faits délictueux dont ils ont eu connaissance ;

2° Communication ou confirmation d'informations mensongères sur la situation de la société.

Peuvent être retenus, à côté des commissaires aux comptes, comme complices du délit de distribution de dividendes fictifs, les directeurs de la société.

Tel sera le cas par exemple d'un directeur financier, commercial ou technique, quand il a sciemment participé à l'établissement du bilan frauduleux ou à sa présentation au conseil d'administration (67).

Mais, il ne fait pas de doute que, dans le cas où les directeurs sont en même temps administrateurs, ils doivent être poursuivis comme auteurs principaux et non comme complices. La jurisprudence est en ce sens. La Cour de Grenoble dans un arrêt du 6 décembre 1934 a analysé en ces termes cette situation :

« Qu'en effet, de par leurs fonctions de directeurs, ils avaient un devoir de surveillance sur tous les services et conséquemment la connaissance dans ses moindres détails de la situation de la banque. Qu'ils ne pouvaient donc, de bonne foi, se méprendre sur le caractère instable et aléatoire des évaluations offertes à la crédulité des actionnaires comme des bénéfices réalisés et susceptibles de distribution. Que dès lors, leur devoir d'administrateurs eût été de refuser leur approbation à des bilans établis sur des bases qu'ils savaient en contradiction avec la vérité » (68).

(66) V. Delaporte, Les nouvelles règles des commissaires et les délits les concernant, 1937.

Copper-Royer, Les attributions nouvelles et les responsabilités des commissaires aux comptes, Rev. sp. Soc. 1939, p. 1, 69 ; Cass. crim., 29 nov. 1960, J.C. P. 1961.II.12136, note Bastian.

(67) Paris, 28 déc. 1886, S. 1888.2.37 ; Cass., 11 juin 1925, Journ. Soc. 1925, p. 647 ; Orléans, 14 janv. 1929, Gaz. Pal. 1929.1.519 ; Paris, 19 mars 1883, précité.

(68) Grenoble, 6 déc. 1934, Rev. trim. Soc. 1935, p. 42.

Enfin, peuvent être retenus comme complices, les employés supérieurs de la société. Il en est ainsi notamment du chef comptable qui, en connaissance de cause, a fourni aux administrateurs les renseignements, moyens et indications comptables servant à consommer l'établissement des faux bilans et de la circulaire en vue de la distribution de dividendes fictifs (69).

§ 2. — CAS DIVERS D'IMPUTATION DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE

Il ne fait pas de doute, ainsi que nous allons le voir dans le paragraphe suivant, que la bonne foi résultant de diverses circonstances de fait profite aux administrateurs ou gérants poursuivis pour avoir distribué des dividendes fictifs.

Mais que décider de la bonne foi qui résulte de l'ignorance, ou de l'erreur de droit ?

On sait à cet égard que l'ignorance de la loi n'a aucune influence sur la responsabilité, qu'elle la laisse entière, et que, d'autre part, la règle nul n'est censé ignorer la loi, qui joue aussi bien en droit pénal qu'en droit civil, s'oppose en principe à ce que l'erreur de droit constitue une cause d'excuse et, en conséquence, de non imputation de la responsabilité pénale.

Mais c'est justement sur ce dernier point que la question se pose de savoir si cette règle fondamentale de tout droit positif a un caractère absolu. En d'autres termes, n'y a-t-il pas des cas où l'erreur de droit constitue sous certaines conditions une cause de relaxe ?

A cet égard, un certain nombre de tribunaux ont fait une distinction entre l'erreur sur une disposition de la loi pénale et l'erreur sur une disposition étrangère à cette loi (loi civile, commerciale, etc.) et ont fait produire un effet exclusif de responsabilité à l'erreur extrapénale (70).

Pratiquement, la question se posera en notre matière notamment en ce qui concerne les modes d'inscription de divers postes d'actif qui sont controversés.

C'est ainsi que le tribunal correctionnel de la Seine, dans un jugement du 20 décembre 1933, s'est fondé sur cette circonstance, pour acquitter l'inculpé. En l'espèce, l'administrateur délégué d'une société anonyme avait établi un bilan inexact en vue de procéder à une distribution de dividendes fictifs qui, en fait, n'a pas été réalisée et à des augmentations de capital social jugées indispensables et effectivement réalisées. Les irrégularités reprochées à l'inculpé consistaient dans la méthode d'inscrip-

(69) Trib. corr. Seine, 5 mars 1928, précité ; Paris, 18 juill. 1938, précité.

(70) Paris, 2 déc. 1924, Rec. dr. com. 1925.2.359.

tion au bilan des frais généraux dont une grande partie afférente à l'exercice incriminé a été inscrite à l'actif de sorte que les frais généraux ont été réduits d'autant et le bilan faisait apparaître un bénéfice fictif au lieu d'une perte. L'inculpé soutenait qu'on ne saurait lui reprocher d'avoir distrahit des frais généraux, pour les porter à l'actif de la société, des sommes exposées pendant la période de pré-exploitation car, normalement, ces sommes ne doivent pas être supportées par le premier exercice mais être amorties au prorata des exercices futurs. Le tribunal a prononcé l'acquiescement du prévenu en ces termes :

« Attendu que le point de savoir si les frais généraux de pré-exploitation doivent ou non être portés dans un bilan à la rubrique « frais à amortir » fait l'objet de controverses dans les théories comptables. Attendu que, par suite, il subsiste un doute sur la mauvaise foi de F..., qui a publié le bilan incriminé en vue d'obtenir des souscriptions à une augmentation de capital » (71).

Il résulte de cet arrêt que l'erreur de droit serait une cause de non imputabilité dès lors qu'il est prouvé qu'existe en droit une opinion importante favorable au prévenu. La constatation d'une telle opinion ferait naître dans l'esprit du juge un doute qui devrait profiter à l'accusé en vertu de l'adage « in dubio pro reo », doute non pas sur l'existence des faits constitutifs du délit mais doute relatif à l'existence de la mauvaise foi du prévenu.

Cette solution a parfois rencontré l'approbation : on a notamment fait valoir que si l'existence d'opinions divergentes ne saurait justifier l'inscription frauduleuse d'une valeur à l'actif du bilan, en revanche, le fait d'avoir adopté pour l'établissement du bilan une des méthodes préconisées par des professionnels qualifiés ne devrait constituer de mauvaise foi les non-experts, en l'occurrence les administrateurs ou gérants chargés de la confection du bilan (72).

Pourtant cette théorie, d'une indulgence excessive pour le prévenu, est injustifiée en droit car, poussée jusqu'au bout de sa rigueur, son application risquerait de faire trembler sur ses bases le principe fondamental du droit positif : *nemo censetur ignorare legem*. L'existence de controverses en doctrine et même en jurisprudence ne peut en aucun cas excuser l'utilisation de procédés incorrects qui aboutiraient nécessairement à fausser la situation véritable de la société. Quant aux diverses théories comptables, elles tendent toutes à traduire le plus exactement possible la situation de la société et non pas à la fausser.

En définitive, ce qui compte, ce n'est pas les conflits de doctrine ou les divergences opposant quelquefois les Chambres de la Cour de cassation, mais exclusivement le fait pour les prévenus d'avoir connu le carac-

(71) Trib. corr. Seine, 20 déc. 1933, Gaz. Pal. 1934.1.331, Journ. Soc. 1935, p. 375.

(72) Pinoteau, op. cit., n° 337.

tière frauduleux du bilan incriminé. La preuve de cette connaissance dépend ainsi que nous l'avons vu, étroitement de l'examen et de l'appréciation des circonstances de fait par le juge.

En l'espèce soumise au tribunal, il est difficile de se faire une opinion sur la régularité de l'inscription de frais généraux au bilan de la société, car le jugement ne fournit aucune indication sur la nature de ces frais. La discrimination, d'autre part entre les frais de premier établissement ou d'établissement qu'il est permis de porter à l'actif et d'amortir par annuités, et les dépenses d'exploitation est quelquefois difficile, surtout lorsqu'il s'agit de sociétés qui supposent de longues études et d'importants travaux préparatoires. La question de savoir si une dépense peut être inscrite au compte des frais de premier établissement est donc une question de fait dont la solution varie selon les cas particuliers (73).

Ainsi, l'admission dans certains cas de l'erreur de droit comme cause de non imputation malgré la présomption de connaissance de la loi, ne peut s'expliquer que par une assimilation de l'erreur de droit à une erreur de fait.

Voici maintenant à titre d'exemple quelles sont les circonstances de fait sur lesquelles se sont plus spécialement fondés les juges pour imputer la responsabilité pénale.

La nature des fraudes constatées dans l'établissement du bilan est fréquemment, au point de vue de la responsabilité pénale, un élément d'appréciation très sérieux.

En effet, si certaines fraudes peuvent être d'un caractère peu apparent et échapper par la suite, à des administrateurs peu expérimentés, d'autres, par contre, se révèlent plus facilement et il devient inconcevable que les dirigeants de sociétés n'ont pas pu les connaître.

La Cour de Rennes dans un arrêt du 3 novembre 1887 s'est sur ce point prononcée en ces termes :

« Considérant que, si des gérants sont excusables lorsqu'ils ont de bonne foi porté à l'actif un compte débiteur partiellement ou totalement insolvable, il en est différemment lorsqu'il s'agit de sommes considérables qu'eux-mêmes ont puisées soit dans la caisse, soit dans le crédit de la société quand la dette ainsi contractée excède de beaucoup l'actif qu'ils pourraient réaliser dans les délais usuels, et qu'il est démontré qu'au moment où ils ont porté à l'actif leur compte débiteur tout entier, ils savaient être insolvables » (74).

(73) Houpin et Bosvieux, t. II, n° 1332, p. 552 ; Rousselet et Patin, Délits et sanctions, op. cit., n° 184 et s. ; Tchernoff, op. cit., t. I, n° 409 ; Pinoteau, op. cit., n° 262, p. 215 ; Trib. corr. Seine, 27 juill. 1910, Rev. Soc. 1910, p. 441 ; Trib. corr. Seine, 16 juin 1934, Rev. trim. Soc. 1934, p. 308.

(74) Rennes, 3 nov. 1887, D.P. 1888.2.233, Journ. Soc. 1890, p. 213.

D'autre part, la fraude est évidente en cas d'une majoration en bloc. d'un tant pour cent, de divers éléments actifs (75).

De même, le nombre des majorations frauduleuses des postes de l'actif peut être à lui seul, démonstratif de la culpabilité des prévenus (76).

A cet égard, un arrêt de la Cour de Paris du 28 juillet 1937 s'est exprimé en ces termes :

« Considérant que les méthodes employées pour l'établissement des bilans susvisés que l'on retrouve pour la plupart dans chacun d'eux et que l'on ne saurait, dès lors, considérer comme des erreurs d'appréciation isolées, impriment aux dits bilans le caractère de fraude et démontrent l'intention frauduleuse de leurs auteurs » (77).

Il faut ajouter encore que la connaissance par les prévenus de la véritable situation de la société est, elle aussi, un élément fondamental d'appréciation pour l'imputation de la responsabilité pénale.

Cette connaissance peut résulter de circonstances diverses qui apparaissent dans l'examen des faits par le juge. A titre d'exemple nous pourrions citer le cas d'un administrateur qui fait un rapport pour critiquer un bilan, puis qui cède après coup sans que les critiques aient été réfutées et présente le bilan à l'assemblée générale (78). Le cas des administrateurs qui se faisaient remettre chaque mois un relevé des comptes créditeurs et débiteurs et faisaient figurer inexactement ces comptes au bilan de la société (79). Le cas d'un administrateur qui distribue un acompte sur dividende sans procéder à aucun inventaire alors qu'il n'ignorait pas que la société, loin d'avoir réalisé des bénéfices avait à ce moment subi des pertes importantes (80). Signalons cependant à cet égard que depuis qu'a été édictée la règle de la distribution annuelle unique, cette situation ne se rencontre plus (art. 4 décr. 30 oct. 1948 et arrêté ministériel du 6 déc. 1948). Le cas, enfin, d'un administrateur qui a effectivement établi et discuté les bases du bilan, l'a arrêté définitivement et l'a présenté au conseil, alors surtout qu'il connaissait mieux que personne le curriculum vitæ de la société, qui était son œuvre, et ne pouvait se faire aucune illusion sur la précarité de l'entreprise (81).

Parfois aussi l'importance des fonctions remplies ainsi que les responsabilités qu'elles confèrent, enfin l'expérience que le prévenu avait des

(75) Cass. crim., 18 janv. 1894, D. 1895.1.159.

(76) Grenoble, 6 déc. 1934, Rev. trim. Soc. 1935, p. 42.

(77) Paris, 28 juill. 1937, J.C.P. 1938.616.

(78) Paris, 18 juill. 1938, J.C.P. 1938.844.

(79) Trib. corr. Seine, 19 avr. 1893, Rev. Soc. 1893, p. 299.

(80) Trib. corr. Seine, 20 sept. 1884, Rev. Soc. p. 694 ; Trib. corr. Seine, 4 juin 1923, Journ. Soc. 1923, p. 509 ; Cass. crim., 31 mars 1933, Gaz. Pal. 1933.1.975.

(81) Paris, 2 déc. 1936, Journ. Soc. 1937, p. 659.

affaires et la connaissance approfondie des questions comptables sont des éléments d'appréciation très sérieux en faveur de l'imputation de la responsabilité pénale en matière de dividendes fictifs (82).

§ 3. — CAS DE NON-IMPUTATION

Affirmer, comme nous l'avons fait, que la mauvaise foi en matière de dividendes fictifs est constituée non pas par le mobile frauduleux mais par la réalisation consciente de tous les éléments constitutifs du délit, c'est affirmer que l'ignorance ou l'erreur et d'une façon générale, la bonne foi justifient le prévenu.

Mais si, d'autre part, en droit, le mobile n'a aucun effet sur l'imputation de la responsabilité pénale et de la peine, en fait, il en est autrement.

En effet, dans l'application judiciaire de la peine, souvent le juge prend en considération les mobiles de l'acte incriminé ; quand le motif ne lui paraît pas répréhensible ou déshonorant, il n'hésite pas à prononcer l'acquiescement, en déclarant que le prévenu n'est pas coupable, ou qu'il a agi avec bonne foi. Voilà donc une expression dont il est fait constamment usage, aussi bien dans le langage ordinaire que dans le langage juridique, et cependant son sens est loin d'être précis.

Sans doute, la bonne foi est-elle bien, en droit, l'antithèse de la mauvaise foi. Mais comme nous venons de voir, elle est entendue dans deux sens qui sont assez différents.

Dans son premier sens, la bonne foi est, en notre matière, un état d'esprit consistant à croire par erreur que toutes les conditions requises pour la distribution régulière des dividendes aux actionnaires sont réunies. La bonne foi repose donc sur l'existence d'une situation apparente et correspond, sur le plan psychologique, contrairement à la mauvaise foi, dissimulation, à la sincérité. Cette bonne foi est l'antithèse de la mauvaise foi connaissance constituant l'élément moral de notre délit.

Dans le second sens, la bonne foi signifie que le prévenu s'est abstenu de toute ruse, de tout procédé malhonnête, de tout calcul frauduleux. Dans cette acception, la bonne foi suppose la pureté du mobile ; elle est, en conséquence le contraire de la mauvaise foi mobile frauduleux qui, rappelons-le, reste en dehors de la définition légale du délit de distribution de dividendes fictifs.

Mais si l'acte délictueux de distribution conserve en principe ce caractère quel que soit le mobile qui l'ait dicté, la considération de ce mo-

(82) Cass. crim., 24 avr. 1891, D.P. 1893.1.49 ; Paris, 22 juill. 1893, Rev. Soc. 1893, p. 448 ; Douai, 18 avr. 1929, Journ. Soc. 1931, p. 284, confirmé par Crim., 30 mai 1930, S. 1933.1.145 ; Trib. Seine, 21 déc. 1932, Journ. Soc. 1933, p. 603 ; Paris, 3 juill. 1941, Cass. crim., 10 nov. 1942, J.C.P. 1943.II.2332, note Bastian.

bile peut, au point de vue de l'imputation de la responsabilité pénale, jouer un rôle décisif.

En effet, pour tout ce qui touche à l'imputation de la responsabilité pénale et de la peine, il ne s'agit pas d'invoquer les règles supérieures régissant la généralité des cas mais examiner le cas lui-même en fonction d'éléments subjectifs, touchant à la personne du prévenu, ses attitudes, son comportement dans la société, sa connaissance des affaires sociales, et d'éléments plus objectifs tenant notamment à la nature des irrégularités commises dans l'établissement du bilan.

Ceci étant, les juges, dans l'appréciation de la bonne foi, se montrent généralement assez larges mais certaines décisions lui donnent une interprétation très stricte.

C'est ainsi que le tribunal correctionnel de la Seine a déclaré que « la bonne foi n'existe que là où il y a incapacité ou incompétence avérée, ignorance des faits, de tous indices ou circonstances susceptibles de les révéler, confiance absolue dans les hommes, absence d'intérêt commun et particulier, franchise dans la reconnaissance, aveu spontané même de la faute ou de l'erreur, autorité morale et indépendance de contrôle » (83).

Cette théorie a été à juste titre critiquée comme étant rigoureuse pour le prévenu et inexacte du fait qu'elle cherche à condenser dans des formules abstraites les circonstances de fait qui certainement se présentent, selon les espèces, dans des conditions différentes et spéciales (84).

Dans un sens plus large, un grand nombre de décisions ont été rendues par les juges qui ont tenu compte notamment, pour la non-imputation de la responsabilité pénale, de l'ignorance, de l'erreur, de l'incompétence, etc.

C'est ainsi que la Chambre criminelle de la Cour de cassation dans un arrêt du 1^{er} mars 1945 a décidé que le fait que les administrateurs et les commissaires aux comptes étaient soigneusement tenus par le président du conseil d'administration dans l'ignorance de ses malversations constitue une cause d'excuse et, en conséquence, de relaxe des prévenus.

« Attendu, dit la Cour de cassation, que le jugement correctionnel dont l'arrêt attaqué a adopté les motifs énonce que la Coopérative argentonnoise était dirigée en fait par D..., président du conseil d'administration, assisté par D..., directeur ; que le conseil ne jouait qu'un rôle de second plan, le demandeur exerçant « une sorte de dictature » sur les membres qui le composaient, lesquels étaient dans l'impossibilité de connaître la situation véritable de la société ; ...que les juges du fond préci-

(83) Trib. corr. Seine, 1^{er} déc. 1884, Rev. Soc. 1885, p. 94.

(84) Nourissat, *Eléments constitutifs du délit de dividendes fictifs*, p. 137.

sent que la commission de contrôle n'a pu remplir sa mission, le demandeur ayant refusé de lui représenter les inventaires et le bilan dont l'examen aurait révélé le caractère frauduleux » (85).

Cette solution est juridiquement fondée car même si les administrateurs ou commissaires aux comptes avaient, en raison du caractère dictatorial et irrégulier de la gestion, un doute quant à l'exactitude du bilan et la réalité du dividende, ils ne seraient pas en mauvaise foi (86). On peut, cependant, regretter cet effacement des organes légaux de la société (87) dont la négligence concernant leur devoir d'établir un bilan exact et sincère et de s'opposer à une distribution de dividendes fictifs a permis au président la réalisation des agissements incriminés.

On conçoit dès lors, pourquoi la Cour de Grenoble a décidé dans son arrêt du 6 décembre 1934 que la dépendance à l'égard d'un chef autoritaire ne constitue pas un fait de non-imputation de la responsabilité pénale mais peut tout au plus justifier des circonstances atténuantes (88).

D'autre part, le fait qu'un administrateur n'a pas été présent à la réunion du conseil au cours de laquelle a été décidée la distribution incriminée constitue pour certains tribunaux une cause de non-imputation de la responsabilité pénale. Un arrêt de la Cour de Paris du 24 juin 1885 s'exprime sur ce point en ces termes :

« Considérant que Georges Robert n'assistait pas à la réunion du conseil qui a voté la répartition de l'acompte, que s'il n'a point protesté ultérieurement, cette circonstance n'est pas suffisante pour déterminer sa responsabilité au point de vue pénal » (89).

Cette jurisprudence semble être inspirée par l'idée, d'ailleurs juste, que la responsabilité des membres du conseil n'est pas collective mais individuelle. Il est cependant difficile de hausser l'absentéisme systématique de paraître aux réunions du conseil à la dignité d'un fait justificatif car, d'une part, les administrateurs ont l'obligation de participer à la gestion et d'en contrôler la légalité et, d'autre part, et surtout, ils participent malgré leur absence aux actes délictueux s'ils connaissent la véritable situation de la société. Il s'agit, en effet, d'une participation juridique et non d'une présence physique.

Par ailleurs, certaines décisions, plus récentes, ne sont pas pour des raisons semble-t-il, identiques favorables à tant d'indulgence. Elles n'ad-

(85) Cass. crim., 1^{er} mars 1945, D. 1946.129, note Chéron ; Adde : Cass. crim., 30 mai 1930, Journ. Soc. 1931, p. 552.

(86) Chéron, note précitée.

(87) V. A. Tunc, L'effacement des organes légaux de la société anonyme, D. 1952, chron. 73.

(88) Grenoble, 6 déc. 1934, Rev. trim. Soc. 1935, p. 40.

(89) Paris, 24 juin 1885, Rev. Soc. 1885, p. 540 ; Adde : Trib. corr. Seine, 19 avr. 1893, Rev. Soc. 1893, p. 299 ; Contra : Trib. corr. Seine, 4 juin 1923, Journ. Soc. 1923, p. 509 ; Comp. Paris, 2 déc. 1936, Journ. Soc. 1937, p. 659.

mettent pas que puisse exclure la mauvaise foi des prévenus ou créer un doute devant leur bénéficiaire, le fait qu'un administrateur était absent de la réunion du conseil au cours de laquelle la distribution avait été décidée (90).

Un autre élément d'appréciation, rendant admissible la bonne foi du prévenu, et retenu par les tribunaux comme tel, c'est la connaissance insuffisante par les gérants ou administrateurs des questions financières et d'industrie à laquelle se livre la société (91). Cette connaissance peut résulter souvent de la date récente de l'entrée en fonction des administrateurs (92).

En effet, il est incontestable que la seule participation aux délibérations du conseil ne suffit pas à constituer les dirigeants de sociétés pénalement responsables, surtout lorsqu'ils sont entrés en fonction à une date récente justifiant une connaissance insuffisante de la situation réelle de la société. La jurisprudence est en principe en ce sens. Elle se justifie par le désir des juges de ne frapper que la mauvaise foi connaissance que la loi exige et laisser en dehors de la sanction pénale les fautes de négligence ou d'incompétence non coupable.

Il faut ajouter enfin que la confiance dans l'avenir de la société ou dans le succès des opérations par elle engagées est parfois prise en considération par les juges lorsqu'il s'agit de ne pas imputer la responsabilité pénale à certains administrateurs (93).

Cette circonstance permet de jeter la lumière sur l'utilisation que font les tribunaux du mobile des prévenus. Les tribunaux en vue de corriger les rigueurs de la loi, déclarent qu'il n'y a pas d'intention délictueuse chez les prévenus si leurs motifs sont excusables ou, en d'autres termes, honorables. Le mobile qui n'est pas frauduleux peut donc parfois créer sinon l'exclusion de la mauvaise foi tout au moins un doute sur son existence et, partant, une cause de relaxe.

SECTION III. — LA REPRESSION

Comme toute infraction à la loi pénale et aux lois qui s'y rattachent, le délit de distribution de dividendes fictifs porte atteinte à l'ordre social et donne naissance contre son auteur à une action publique.

(90) Trib. corr. Seine, 4 juin 1923, Journ. Soc. 1923, p. 509 ; Paris, 2 déc. 1936, Journ. Soc. 1937, p. 659.

(91) Trib. corr. Seine, 21 avr. 1886, Journ. Soc. 1886, p. 783 ; V. Paris, 28 juill. 1887, D.P. 1888.2.137 ; Paris, 10 juill. 1902, Journ. Soc. 1903, p. 250 ; Besançon, 5 nov. 1936, Rev. trim. Soc. 1937, p. 51.

(92) Trib. corr. Seine, 24 juill. 1887, Rev. Soc. 1887, p. 574.

(93) Paris, 7 janv. 1898, Journ. Soc. 1898, p. 175 ; Paris, 5 août 1890, D.P. 1893.1.42.

En principe c'est au Procureur de la République qu'il appartient de mettre en mouvement cette action (94). Mais celle-ci peut aussi avoir été mise en mouvement par la victime de la distribution lorsqu'elle se constitue partie civile devant le juge d'instruction ou cite directement le délinquant devant le tribunal correctionnel du siège social qui est pratiquement compétent en matière de dividendes fictifs. L'article 3 du Code de la procédure pénale permet en effet, à la partie lésée de porter son action civile soit devant le juge civil normalement compétent, soit devant le juge répressif en même temps que l'action publique (95).

Celle-ci a pour but de réprimer le trouble causé par la distribution et pour objet l'application d'une peine aux auteurs principaux et aux complices.

Il importe dès lors d'examiner tout d'abord, les sanctions qu'encourent les administrateurs ou gérants et leurs complices du fait de la distribution de dividendes fictifs, et d'étudier, ensuite, la prescription de l'action publique, questions qui intéressent particulièrement notre matière. Quant aux autres questions relatives à la répression, à la mise en mouvement et à l'exercice de l'action publique nous n'avons qu'à renvoyer aux traités de procédure pénale.

§ 1. — PEINES APPLICABLES

Contre l'acte antisocial que constitue le délit en général et le délit de distribution de dividendes fictifs en particulier, la société réagit en infligeant une peine à l'auteur et à ses complices.

Les peines qui frappent le délit de distribution de dividendes fictifs sont, aux termes de l'article 15 de la loi de 1867, auquel renvoie l'article 45 de la même loi, et de l'article 38 de la loi de 1925, celles de l'escroquerie, prévues par l'article 405 du Code pénal. Selon la nouvelle rédaction donnée à ce texte par le décret du 16 juillet 1935, la peine principale encourue pour le délit d'escroquerie est un emprisonnement d'un an à cinq ans et une amende de 3.600 francs à 36.000 francs.

D'autre part, étant une peine correctionnelle, l'emprisonnement correctionnel peut être accompagné de peines complémentaires.

(94) V. F. Goyet, *Le Ministère public en matière civile et en matière répressive et l'exercice de l'action publique*, 3^e éd. par Rousselet et Patin, Paris 1953 ; *Cass. crim.*, 17 déc. 1936, *Journ. Soc.* 1938, p. 214 ; Adde : *Cass. crim.*, 31 janv. 1889, *Journ. Soc.* 1890, p. 199.

(95) V. L. et H. Mazeaud et A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*, t. III, N^{os} 2081 et s. ; J. Larguier, *L'action publique et l'action civile dans le Code de procédure pénale*, *J.C.P.* 1959.I.1495 ; Paris, 16 mai 1885, *Rev. Soc.* 1885, p. 529 ; 18 mars 1887, *Rev. Soc.* 1887, p. 195 ; *Trib. corr. Seine*, 7 janv. 1898, *Journ. Soc.* 1898, p. 175 ; Lyon, 9 avr. 1936, *Rev. sp. Soc.* 1937, p. 335.

C'est ainsi qu'aux termes de l'alinéa 3° de l'article 405 modifié par le décret-loi du 8 août 1935 et l'ordonnance du 4 juin 1960, deux peines complémentaires ou l'une de ces deux peines peuvent être ajoutées aux peines principales d'emprisonnement et d'amende.

L'une d'elles, c'est la privation totale ou partielle pour dix ans au plus des droits civils, civiques et de famille mentionnés en l'article 42 du Code pénal.

L'autre c'est l'interdiction de séjour pendant le même nombre d'années.

Ces deux peines complémentaires sont facultatives pour le juge. Il n'en est pas de même des peines accessoires.

En effet, outre les peines complémentaires, il existe des peines accessoires frappant de plein droit les auteurs principaux et les complices du délit de distribution de dividendes fictifs. Les juges ne peuvent pas les écarter et ils n'ont même pas à les prononcer.

C'est ainsi qu'en vertu de l'article 1^{er} de la loi du 19 juin 1930 modifiée par l'ordonnance du 23 décembre 1958, il est interdit aux auteurs et à leurs complices du délit de faire, à titre professionnel, des opérations de banque, des opérations de placement ou de bourse sur valeurs mobilières, et de diriger, administrer, gérer à un titre quelconque une société ou une agence de société ayant ces opérations pour objet, ou encore de signer pour elles.

En outre, en vertu de l'article 6 d'un décret-loi du 8 août 1935, ils sont privés du droit de diriger, administrer, gérer à un titre quelconque une société par actions ou à responsabilité limitée, ou d'exercer la fonction de membre du conseil de surveillance ou de commissaire dans ces sociétés, ou d'engager la signature sociale de ces sociétés.

Il faut ajouter enfin, qu'en vertu de l'article 1^{er} de la loi du 30 août 1947 relative à l'assainissement des professions commerciales et industrielles, ils ne peuvent pas exercer une profession commerciale ou industrielle dans le cas où la peine d'emprisonnement prononcée est de trois mois au moins sans sursis.

On voit ainsi que la réaction sociale contre le délit de distribution de dividendes fictifs se manifeste sous la forme générale d'une peine. A vrai dire cette réaction revêt deux formes assez différentes.

Elle se manifeste tout d'abord sous la forme d'une réaction répressive consistant à l'application d'une peine proprement dite qui est la peine principale.

Elle se manifeste aussi sous la forme de protection préventive consistant à une mesure de sûreté qu'on impose aux auteurs et complices du délit et qui est destinée non pas à les punir à proprement dire mais à assurer la défense de la société contre une délinquance réitérée. Toutes les peines

donc qui ne sont pas principales sont plutôt ici des mesures de sûreté, encore qu'elles soient appelées des peines complémentaires ou accessoires.

Si en principe la durée de la peine principale d'emprisonnement est d'un an à cinq ans, il n'est pas exclu que dans certains cas expressément prévus par la loi elle s'élève à dix ans.

C'est ainsi qu'un décret-loi du 8 août 1935, article 1^{er}, complétant l'article 405 du Code pénal en créant une circonstance aggravante de l'escroquerie, dispose que si ce délit a été commis par une personne ayant fait appel au public en vue de l'émission d'actions, obligations, bons, parts ou titres quelconques, soit d'une société, soit d'une entreprise commerciale ou industrielle, l'emprisonnement pourra être porté à dix années. Dans cette hypothèse, la peine principale d'amende pourra également être aggravée et portée à 180.000 francs.

Que faut-il décider sur la question d'application de la circonstance aggravante et, partant, de l'aggravation de la peine en notre matière ?

Certains auteurs estiment que l'aggravation de peine prévue par l'alinéa 2 nouveau de l'article 405 (mod. art. 1^{er} L. 8 août 1935) ne doit pas s'appliquer au délit de distribution de dividendes fictifs. On a notamment fait valoir que la circonstance aggravante créée par l'article 1^{er} du décret-loi du 8 août 1935 est inhérente au seul délit d'escroquerie.

A cet égard, MM. Rousselet et Patin écrivent :

« En effet, la circonstance aggravante fondée sur ce que l'infraction a été commise par une personne ayant fait appel au public est inhérente au délit d'escroquerie lui-même. Elle ne peut jouer qu'en matière d'escroquerie. Mais les délits définis par l'article 15 ne constituent pas des escroqueries, et c'est seulement pour la détermination de la peine, que le législateur se réfère à l'article 405 du Code pénal. On ne peut donc sans arbitraire étendre aux délits de l'article 15 une circonstance aggravante prévue seulement pour le délit d'escroquerie » (96).

On peut cependant observer que sous l'angle qui nous intéresse ici, c'est-à-dire celui de l'application de la peine, les textes créant le délit de distribution de dividendes fictifs se réfèrent aux peines de l'escroquerie, portées par l'article 405 du Code pénal, d'une façon générale et sans aucune distinction entre les peines aggravées et les peines non aggravées. Il semble donc conforme à la volonté du législateur que les peines d'escroquerie s'appliquent sans distinction au délit de distribution de dividendes fictifs (97).

En effet, l'article 15 de la loi du 24 juillet 1867, comme aussi l'article 38 de la loi du 7 mars 1925 — qu'ont remaniés les deux décrets-lois du

(96) Rousselet et Patin, *Délits et sanctions*, op. cit., n° 181.

(97) Constantin et Gautrat, op. cit., n° 234 ; Copper-Royer, *Rev. sp. Soc.* 1936, p. 344.

8 août 1935 et du 31 août 1937 — ne contient aucune sanction pénale particulière, mais renvoie une fois pour toutes à celles de l'article 405 considérant, quant à l'application de la peine, comme manœuvres frauduleuses des actes qui, sans revêtir tous les caractères du délit d'escroquerie, ont avec lui une parenté étroite et une gravité égale.

D'ailleurs, le principal obstacle qui s'oppose à ce que le domaine de l'article 405 vienne recouvrir au moins partiellement celui de la législation des sociétés, c'est le fait que sa mise en œuvre suppose la constatation de manœuvres frauduleuses.

Or, il est bien admis en doctrine et en jurisprudence que la distribution de dividendes fictifs constitue une manœuvre frauduleuse. Il serait, par conséquent, difficile de ne pas considérer comme une escroquerie la distribution de dividendes fictifs lorsqu'elle a pour but l'obtention frauduleuse de fonds. On voit ainsi, qu'en fait, la question de l'aggravation de peine ne présente aucun intérêt.

Pour que cette aggravation de peine soit, cependant, encourue il faut qu'il y ait eu :

- 1° appel au public en vue d'une émission de titres ;
- 2° un lien entre cet appel et la distribution de dividendes fictifs.

Il faut donc supposer, pour qu'un administrateur ou gérant encoure l'aggravation de peine prévue par l'article 405, al. 2, du Code pénal (mod., Décr.-L. 8 août 1935) qu'il ait commis le délit de distribution de dividendes fictifs à l'occasion d'un appel au public en vue d'une émission de titres quelconques, notamment des actions ou des obligations.

Remarquons pour terminer que la pénalité en droit positif est une pénalité individualisable. Elle est donc par essence susceptible d'être graduée entre le maximum et le minimum prévus par la loi, comme aussi d'être abaissée par des circonstances atténuantes (98).

§ 2. — PRESCRIPTION

La prescription est un mode général d'extinction de l'action publique comme par exemple l'amnistie, le décès ou la chose jugée. Elle est une institution d'ordre public même quant à l'effet extinctif qui en découle (99). Le délinquant qui a obtenu le bénéfice de la prescription ne peut donc y renoncer et demander à être jugé. Quant au moyen tiré de la prescription, il peut être opposé en tout état de cause, même devant la Cour

(98) Houpin et Bosvieux, t. II, n° 1360.

(99) Houpin et Bosvieux, t. II, n° 1361, p. 605 et s.; V. aussi Bouzat et Pinatel, t. II, n° 1067, p. 826 et s.; Vouin et Léauté, p. 414 et s.; Stefani et Levasseur, Procédure pénale, 2^e éd. 1962, n°s 115 et s.,

de cassation, et le juge doit y suppléer d'office si l'inculpé ne s'en prévaut pas (100).

Si, en règle générale, la prescription s'applique à toutes les infractions, légères ou graves, le délai, cependant, varie suivant la gravité de l'acte incriminé. Il est de dix ans pour les crimes (art. 7 C. pr. pén. rempl. l'art. 637 C. instr. crim.), de trois ans pour les délits (art. 8 C. pr. pén. rempl. art. 638 C. instr. crim.) et d'un an seulement pour les contraventions (art. 9 C. pr. pén. rempl. l'art. 640 C. instr. crim.).

Il importe de rappeler ici que la prescription de l'action publique doit être soigneusement distinguée de celle de la peine qui suppose essentiellement, qu'un individu poursuivi et condamné a réussi à se soustraire à l'exécution de la peine infligée. Celle-ci se trouve ainsi éteinte par le temps qui est beaucoup plus long que le délai de prescription de l'action publique. Il est de vingt ans en matière criminelle, de cinq ans en matière correctionnelle et de deux ans en matière de simple police.

Ainsi conformément au droit commun, le délai de prescription de l'action publique qui naît du délit de distribution de dividendes fictifs est-il de trois ans (101). Le calcul de ce délai ne présente guère de difficultés.

C'est ainsi que conformément au droit commun, le délai se calcule par jours et non par heures. Le jour où a commencé le délai (*dies a quo*), c'est-à-dire le jour où l'acte délictueux de distribution a été accompli, ne compte pas et le jour du délai (*dies ad quem*), doit être entièrement accompli pour que le délai soit expiré.

D'autre part, comme la prescription du droit civil, la prescription de l'action publique peut être interrompue ou suspendue par certains événements.

On sait que quelle qu'en soit la cause, qu'elle soit un acte de poursuite ou d'instruction, l'interruption de la prescription a pour effet essentiel d'effacer le temps déjà écoulé avant sa survenance. C'est un nouveau délai qui commence à courir mais le même que celui qui a été interrompu. La suspension, par contre, n'est qu'un simple temps d'arrêt dans l'écoulement du délai si bien que le temps déjà écoulé entre en ligne de compte pour le calcul du délai de la prescription. En d'autres termes, le délai reprend son cours lorsque la cause de suspension, telle notamment qui est la force majeure, disparaît.

Si le calcul du délai de prescription ne présente pas ainsi de difficultés, il n'en est cependant pas de même en ce qui concerne la question de savoir quel est le point initial du départ du délai de la prescription.

Disons tout d'abord à cet égard que de même que la nature des faits délictueux détermine la gravité de la sanction et le temps présumé pour

(100) Rennes, 3 nov. 1887, D.P. 1888.2.233.

(101) Paris, 28 déc. 1886, S. 1888.2.37.

l'oubli de l'infraction et l'inefficacité de la répression, de même la structure de ces faits détermine le point de départ initial de la prescription.

Ainsi, dans l'hypothèse où le délit aurait été précédé de certains actes préparatoires, comme c'est le cas notamment à propos de l'établissement d'un bilan inexact, ou de complicité, ces opérations frauduleuses ne sauraient être envisagées pour la détermination du point de départ de la prescription. La révélation ultérieure du délit ne déclencherait pas, d'autre part, le cours de la prescription.

Dès lors, la question se pose de savoir à partir de quel moment un acte pris isolément constitue le fait délictueux qui détermine finalement le point de départ du délai de la prescription.

La réponse à cette question ne paraît pas susciter de grandes difficultés à tout le moins quant aux délits instantanés. Dans ces infractions qui sont réalisées par une action ou une omission instantanée, la prescription doit être comptée à partir du jour où l'acte unique a été accompli. Quant aux délits continus ou successifs qui sont constitués par une action ou une omission qui dure et suppose une réitération constante de la volonté coupable de son auteur, la prescription ne peut commencer qu'à partir du jour où le délit a pris fin, c'est-à-dire du jour où l'activité délictueuse a cessé. Il en est de même d'un délit instantané par sa nature mais qui peut présenter l'aspect d'un délit continu lorsqu'il est répété et réalisé par une série d'actes qui se succèdent dans le temps (102).

Ainsi la question de savoir à partir de quel moment court la prescription du délit de distribution de dividendes fictifs, se ramène au point de savoir si notre délit est un délit instantané ou un délit continu.

Certains auteurs, parfois certaines décisions, dans un souci d'intensifier la répression, admettent que le délai de la prescription du délit de distribution de dividendes fictifs commence à courir à partir de « chaque remise matérielle de fonds, le délit se trouvant couvert trois ans après que la distribution de dividendes fictifs aura pris fin » (103). On aboutit ainsi à transformer le délit de distribution de dividendes fictifs en délit continu sinon par sa nature au moins par ses effets.

Il en résulterait que seules les règles régissant les délits continus seraient applicables au délit de distribution de dividendes fictifs à l'exclusion des règles qui régissent le délit instantané, notamment les règles relatives à la prescription et aux effets d'une loi d'amnistie.

C'est ainsi que le tribunal correctionnel de la Seine (104), dans un jugement du 4 juin 1923, rendu dans l'affaire des Cargos français, a déclaré que, chaque paiement constituant un acte de répartition de dividendes

(102) V. Bouzat et Pinatel, t. I, n° 185 et s.

(103) Barrault, La notion de dividendes fictifs, p. 234.

(104) Trib. corr. Seine, 4 juin 1923, S. 1924.2.41, note Esmein.

fictifs, il ne saurait être retenue, pour faire bénéficier de la loi d'amnistie du 29 avril 1921 les auteurs d'une répartition, la circonstance que la remise à la banque du montant global de la somme à distribuer a eu lieu avant le 11 novembre, date fixée par cette loi comme limite de la période pendant laquelle les délits auront dû être commis pour être amnistiés, si la répartition entre les actionnaires est postérieure au 11 novembre 1920. En l'espèce, la remise des fonds à la banque chargée d'effectuer le paiement des dividendes avait eu lieu le 15 mai, et certains actionnaires avaient touché leur dividende avant le 11 novembre, mais d'autres ne l'avait fait que postérieurement.

Cette opinion pourtant risquerait d'aller fort loin. Si chaque remise matérielle de fonds constituait un acte de répartition, un délit par conséquent distinct comme a décidé le tribunal, les administrateurs ou gérants de sociétés demeureraient sous le coup de la loi pénale pendant un temps indéterminé variable suivant l'empressement des actionnaires de toucher leur dividende (105). En d'autres termes, le point de départ de la prescription serait déterminé non pas par le fait délictuel mais par la volonté des actionnaires de toucher ou ne pas toucher le dividende qui leur revenait.

Ainsi, la thèse du tribunal de la Seine fut-elle repoussée par la Cour de cassation dans un arrêt (106) du 19 décembre 1924, qui a cassé l'arrêt de la Cour de Paris du 14 mars 1924 ayant confirmé le jugement du tribunal. La Cour de cassation, en se fondant en cette idée juste que le délit de distribution de dividendes fictifs est constitué quand le conseil d'administration a décidé la mise en distribution aux intéressés, a fait, finalement, bénéficier de l'amnistie ceux des inculpés qui ont participé à la décision du conseil ayant eu lieu avant la date limite fixée par la loi de l'amnistie du 29 avril 1921.

Certains auteurs (107), tout en rejetant l'idée que la consommation du délit de distribution de dividendes fictifs puisse dépendre de chaque perception par les actionnaires de leur dividende, estiment, cependant, que la solution donnée par le tribunal de la Seine à la question du point initial du départ du délai de la prescription est la seule juste. On a notamment fait valoir qu'il appartient aux administrateurs, seuls responsables, de limiter la durée de l'action pénale à laquelle ils sont exposés, en suspendant les paiements illégaux.

Pourtant, deux objections essentielles paraissent s'opposer à l'admission de cette conception. La première est tirée de ce que les actes de gestion des dirigeants de sociétés créent, souvent, en faveur des actionnaires un droit privatif. Il en est ainsi notamment en cas de distribution

(105) Vienot, Journ. Soc. 1923, p. 509.

(106) Cass., 19 déc. 1924, S. 1925.1.286, Rev. Soc. 1925, p. 66.

(107) V. notamment Barrault, op. cit., p. 230 et s.

de dividendes (108). Certes, les administrateurs, pour échapper à toute répression pénale, peuvent ajourner sine die la date de mise en distribution des dividendes, même lorsque cette date est fixée par l'assemblée générale. La jurisprudence les y autorise. Mais lorsqu'ils ont pris la décision de mettre en distribution les dividendes, il leur est impossible de suspendre les paiements déjà commencés, car il ne dépend plus d'eux que la distribution ait lieu ou soit évitée (109). Le conseil d'administration ne peut donc annuler sa propre décision mettant en distribution effective des dividendes incriminés. Ainsi les actionnaires ont-ils, sous certaines conditions prévues par la loi un droit privatif sur ces dividendes et, de ce fait, ils peuvent venir les toucher. Dans ces conditions, les administrateurs demeurent sous le coup des poursuites pénales pendant un temps indéterminé variable suivant l'empressement des actionnaires, ce que personne ne peut soutenir. Même si l'on écarte cette objection, en faisant valoir que, dans le cas où l'action en répétition n'est pas recevable, le droit privatif ne naît pas de la mise en distribution mais de la perception du dividende par chaque actionnaire, il reste la deuxième objection essentielle.

Celle-ci découle du principe en vertu duquel le point de départ initial de la prescription est déterminé par la nature des faits délictueux. Or, si au point de vue de la détermination du fait délictuel de la distribution diverses solutions peuvent se défendre, à savoir la perception du dividende par chaque actionnaire, ou encore, l'émission du vote par l'assemblée générale en vertu duquel un dividende est distribué, ou encore, la date à partir de laquelle le dividende voté est mis à la disposition de chaque actionnaire, toutes ces solutions ne peuvent pas être simultanément acceptées pour servir les unes à la question de la consommation du délit et les autres à la question du point de départ de la prescription. Puisqu'on admet que le délit est réalisé par la décision de la mise en distribution, le point de départ de la prescription est unique, la date de la décision du conseil d'administration. Aucun fait nouveau ne peut plus interrompre la prescription.

On peut donc en conclure que le délit de distribution de dividendes fictifs est un délit instantané même si ses effets se prolongent dans le temps. Le point de départ du délai de la prescription est ainsi le jour de la mise en distribution effective (110). A partir de ce moment, il n'y a plus que des actes d'exécution par des tiers et, par conséquent, chaque paiement ne contient, comme il devrait dans un délit successif, les éléments complets de l'infraction.

(108) V. Cass. crim., 23 juin 1883, D.P. 1883.1.425, S. 1883.1.428 ; Cass. 28 mars 1936, Rev. trim. Soc. 1936, p. 172 ; Paris, 2 mai 1935, S. 1935.2.180 ; Trib. Seine, 4 mars 1933, Journ. Soc. 1933, p. 174, Gaz. Pal. 1933.11.893.

(109) Esmein, note sous Trib. corr. Seine, 4 juin 1923, S. 1924.2.41.

(110) Rousselet et Patin, op. cit., n° 285 ; Tchernoff, op. cit., t. I, n° 440.

DEUXIEME PARTIE

**CONSÉQUENCES CIVILES
DE LA DISTRIBUTION DE DIVIDENDES FICTIFS**

En exposant, dans la première partie de notre étude, les règles concernant la responsabilité pénale des dirigeants sociaux en matière de dividendes fictifs, nous avons indiqué à quelles conditions les bénéfices pouvaient être considérés comme réellement acquis et susceptibles de distribution. Si ces conditions n'ont pas été observées et si des dividendes ont été distribués, ils devront être tenus pour fictifs. Nous avons pu ainsi préciser le critérium de la distinction entre un dividende réel et un dividende fictif et, partant, le domaine de la responsabilité pénale des administrateurs ou gérants lorsqu'ils distribuent sciemment ou laissent sans opposition distribuer des dividendes fictifs.

Mais la réglementation établie par la loi comporte, indépendamment des sanctions pénales, certaines conséquences civiles.

En effet, la mise en jeu de la responsabilité pénale de ceux qui ont violé la loi ne suffit pas à protéger l'épargne et le crédit. La peine ne procure à la Société, aux actionnaires, aux créanciers sociaux et aux tiers, victimes de la distribution illégale, qu'une satisfaction de principe. Ce qui importe à une victime, beaucoup plus que l'application des peines, aussi rigoureuses soient-elles, c'est la réparation du dommage éprouvé, ce sont les conséquences civiles qui suivent les agissements dommageables des organes sociaux de gestion et de contrôle.

Nous nous proposons, donc, d'examiner ces conséquences au double point de vue, des administrateurs ou gérants qui ont fait la distribution, et des actionnaires qui en ont profité. Nous allons, ainsi, étudier dans le premier chapitre de cette deuxième partie de notre étude l'action en responsabilité du fait de la distribution de dividendes fictifs, et dans un autre chapitre l'action en répétition, permise dans certaines conditions, contre les actionnaires et les associés.

CHAPITRE I

LA RESPONSABILITÉ CIVILE DU FAIT DE LA DISTRIBUTION DE DIVIDENDES FICTIFS

Le problème de la responsabilité civile des organes de gestion et de contrôle en matière de dividendes fictifs se pose généralement pour toutes les sociétés mais, en raison de la responsabilité limitée des associés, plus particulièrement pour les sociétés par actions et la société à responsabilité limitée.

On sait, en effet, que la distribution des bénéfices non réellement acquis à la société, entraîne généralement un préjudice grave pour un grand nombre de personnes, notamment pour les créanciers sociaux et les tiers. Or, si la société en nom collectif, loin de limiter les risques de ses membres rend les associés solidairement responsables de l'exécution des obligations sociales, les autres types de sociétés permettent au contraire de limiter cette obligation pour certains ou pour tous les associés. Il en est ainsi pour les commanditaires dans les sociétés en commandite, pour les actionnaires dans les sociétés anonymes ou pour les associés membres de la société à responsabilité limitée. La responsabilité des organes de gestion et de contrôle, qui ont distribué ou laissé distribuer sans opposition des dividendes fictifs, ne fait donc qu'assurer aux victimes la réparation du dommage injustement causé.

Sans doute, est-il juste et normal de mettre en œuvre en premier lieu, la responsabilité civile de la société (1) en tant que personne juridique distincte de ses membres. De la sorte, face à l'irresponsabilité des associés, la responsabilité civile de la société va constituer la meilleure sécurité des

(1) V. Levasseur, Les personnes morales victimes, auteurs, ou complices d'infractions, Rev. de dr. pén. et de criminologie, 1955, p. 827 ; J. Guyenot, La responsabilité des personnes morales publiques et privées. Considérations sur la nature et le fondement de la responsabilité du fait d'autrui, préface J. Carbonnier, 1959.

victimes de la distribution incriminée. Et il n'est pas, semble-t-il, difficile de trouver dans le système général de la responsabilité, le fondement juridique d'une responsabilité pareille.

S'agit-il de mettre en jeu la responsabilité qui doit peser sur la personne morale de la société du fait de ses préposés ? Il ne peut y avoir aucune difficulté puisqu'on admet généralement qu'il n'y a là qu'une obligation légale de garantie envers les tiers (2). Le problème ne devient délicat que s'il s'agit du fait d'un organe (3). Mais, ici encore, les idées de faute et de risque se sont successivement affrontées pour servir comme fondement juridique à la responsabilité civile de la société.

Pourtant, si l'on peut ainsi admettre la responsabilité civile de la personne morale de la société, il est impossible de faire disparaître la responsabilité personnelle des organes sociaux de gestion et de contrôle alors que surtout ceux-ci causent un préjudice à la société elle-même lorsqu'ils distribuent ou laissent distribuer des dividendes fictifs (4).

C'est ainsi que le législateur, tout en réglementant minutieusement les droits et attributions de chaque organe social pour la bonne et loyale gestion de la société, a proclamé la responsabilité civile des organes qui abusent de leurs pouvoirs et compromettent par leurs agissements les intérêts qui leur sont confiés.

Aussi, est-il nécessaire, pour attribuer sa part de responsabilité à chacun des organes de gestion et de contrôle qui distribuent ou laissent distribuer sans opposition des dividendes fictifs, d'examiner successivement le fondement juridique de cette responsabilité, le droit d'action des victimes de la distribution et, pour terminer ce chapitre, étudier le problème de la réparation du dommage injustement causé.

SECTION I. — FONDEMENT DE LA RESPONSABILITE

La première question qui se pose en étudiant la responsabilité civile des organes sociaux de gestion et de contrôle en matière de dividendes fictifs est de rechercher le fondement et la base de cette responsabilité. L'intérêt théorique et pratique de cette question est d'autant plus important,

(2) Ripert et Roblot, t. I, n° 682, p. 341 ; Mazeaud et Tunc, t. II, n° 1986 et s.

(3) V. L. Michoud et L. Troabas, *La théorie de la personnalité morale*, 3^e éd., t. II, n° 266 et s. ; L. Bodvin, *Responsabilité des personnes morales en droit privé*, thèse, Lille, 1933 ; B. Stack, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, p. 250 et s.

(4) Escarra et Rault, t. IV, n° 1579, p. 320 et s. ; Pic et Kreher, t. II, n° 3055 ; Paris, 2 déc. 1936, *Journ. Soc.* 1937, p. 659.

que ces organes ne sont pas apparemment les bénéficiaires directs de dividendes distribués. Ce ne sont que les membres de la société qui, par vocation, touchent ces dividendes et bénéficient, ainsi, directement les premiers des sommes improprement présentées comme provenant des bénéfices de l'exploitation.

Disons tout d'abord à cet égard que la responsabilité civile des organes sociaux de gestion et de contrôle est caractérisée avant tout par l'exclusion des risques commerciaux (5). Un arrêt du tribunal de commerce de Bordeaux est, sur ce point, particulièrement net. Il est rédigé en ces termes :

« Il peut être posé en axiome que toute affaire commerciale ou individuelle comporte essentiellement une somme de risques susceptibles de conduire parfois à un insuccès relatif comme aussi même à une ruine absolue si bien qu'ait été conçue l'entreprise à l'origine et sans que dans ce cas la gestion proprement dite de ses chefs puisse être incriminée à juste titre et leur responsabilité mise en jeu » (6).

Sans doute, est-il vrai que les gérants associés de sociétés en nom collectif ou de commandite simple et par actions répondent toujours du passif social mais cela n'est possible qu'à titre d'associé puisque les gérants étrangers de mêmes sociétés échappent à cette responsabilité.

Il en est de même pour les administrateurs de sociétés anonymes et les gérants associés de sociétés à responsabilité limitée, qui ne répondent de dettes sociales que jusqu'à concurrence de leur apport ; les gérants étrangers de sociétés à responsabilité limitée — ce qui n'est pas possible pour les administrateurs qui sont, en vertu de l'article 22 de la loi du 24 juillet 1867, obligatoirement choisis parmi les associés — n'en répondent même pas du tout.

Mais s'il est de principe, comme nous venons de rappeler, que les dirigeants sociaux ne sont pas personnellement responsables des actes qu'ils ont commis au nom et pour le compte de la société, il est par contre, bien établi qu'ils peuvent être déclarés responsables de l'acte illégal qu'ils au-

(5) Même au cas particulier de faillite ou de liquidation judiciaire de société, la loi du 16 nov. 1940 (art. 4, al. 5) n'a pas introduit dans le domaine des sociétés la notion de risque professionnel. Elle s'est bornée à édicter une présomption de faute : Escarra et Rault, t. IV, n° 1567, p. 306. V. aussi Lefaiivre, La responsabilité des administrateurs de sociétés anonymes en cas de faillite, *Gaz. Pal.*, 1951.I. Doctr. 34 ; F. Verbyst, La nouvelle responsabilité civile des administrateurs et gérants de sociétés, *Gaz. Pal.*, 1955.2. Doctr. 34 ; P. Prieur, Des sanctions encourues par les administrateurs d'une société anonyme au cas de faillite de la société, thèse, Paris, 1948 ; A. Chevrier, Les effets de la faillite sociale sur les dirigeants de sociétés, thèse, Paris, 1954 ; Rousseau, Les modifications apportées au régime des S.A.R.L. par le décret du 9 août 1953 ; J.C.P. 1953.1.1129 ; F. Goré, La responsabilité du président-directeur général et des administrateurs de sociétés anonymes en cas de faillite ou de règlement judiciaire, note D. 1956. 223.

(6) Trib. com. Bordeaux, 16 nov. 1904, *Journ. Soc.* 1905, p. 436.

raient commis dans l'exercice de leurs fonctions. La faute devient, ainsi, le premier élément constitutif de la responsabilité civile des administrateurs et gérants de sociétés commerciales (7). La responsabilité a donc pour fondement une faute ; elle est une responsabilité pour faute, fondamentalement distincte de l'obligation de garantir un risque. Il ne saurait, en conséquence, être question d'admettre conformément à la théorie, dite du risque, qu'une distribution de dividendes fictifs, non fautive, puisse engager la responsabilité civile des organes de gestion et de contrôle d'une société.

Aussi, conviendrait-il, en ce qui concerne notre matière, de rechercher le principe et de préciser la nature et le caractère de cette responsabilité.

§ 1. — LE PRINCIPE DE LA RESPONSABILITE

La responsabilité qu'encourent les administrateurs de sociétés anonymes en raison de la distribution de dividendes fictifs est édictée, dans son principe, par l'article 44 de la loi du 24 juillet 1867 dans des termes particulièrement nets.

En effet, aux termes de cet article, et indépendamment de l'article 1850 du Code civil qui dispose que chaque associé est tenu envers la société des dommages qu'il lui a causé par sa faute, « les administrateurs sont responsables, conformément aux règles du droit commun, individuellement ou solidairement suivant les cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions de la présente loi, soit des fautes qu'ils auraient commises dans leur gestion, notamment en distribuant ou en laissant distribuer sans opposition des dividendes fictifs ».

Un texte analogue existe en ce qui concerne les gérants de sociétés à responsabilité limitée qui sont également déclarés responsables conformément aux règles du droit commun « soit des infractions aux dispositions de la présente loi, soit des violations des statuts, soit des fautes commises par eux dans leur gestion » (art. 25 L. du 7 mars 1925).

Il s'ensuit que les dispositions de ces deux textes, ainsi qu'elles prennent soin de le spécifier, placent dans le droit commun le principe de la responsabilité civile et, de ce fait, ont une portée générale quelle que soit la forme juridique de la société.

Ainsi, dans les sociétés de personnes, la responsabilité de tous ceux qui ont mission de gérer la société se trouve engagée, conformément aux règles du droit commun, toutes les fois où il y a dans l'acte incriminé une infraction aux dispositions de la loi, une violation des statuts ou une faute commise dans la gestion sociale.

(7) Hamel et Lagarde, t. I, n° 661, p. 789 ; Escarra et Rault, t. IV, n° 1567, p. 305 et s. ; Ripert et Roblot, t. I, n° 1317.

La faute consiste à commettre un acte interdit ou s'abstenir d'accomplir un acte auquel on était tenu. On peut donc la définir comme un manquement à une obligation préexistante dont la loi ordonne la réparation quand il a causé un dommage à autrui (8). Dans ces conditions, la notion de faute ne saurait pas se concevoir séparée, détachée, de la notion d'obligation, de devoir juridique. Le problème revient alors pour nous à déterminer et préciser le contenu des obligations qui incombent aux dirigeants de sociétés de telle sorte que tout manquement à ces obligations sera susceptible d'engager la responsabilité de son auteur.

Les actes juridiques qui font naître cette responsabilité et lui donnent naissance peuvent se diviser en trois catégories :

- 1° Les infractions aux dispositions de la loi ;
- 2° La violation des clauses statutaires ;
- 3° Les fautes de gestion.

Nous ne considérons la classification énoncée que comme un plan d'étude, c'est-à-dire du seul point de vue méthodologique sans vouloir établir une différence spécifique entre les fautes au point de vue rationnel et doctrinal.

A. — *Violation de la loi.*

Le législateur a inscrit dans les lois sur les sociétés de nombreuses prescriptions qui, venant s'ajouter aux règles générales du Code civil et du Code de commerce, visent en général l'organisation de la société et, plus particulièrement, déterminent les obligations, parfois très strictes, qui pèsent sur les organes sociaux de gestion et de contrôle relativement à la détermination des bénéfices et leur répartition.

Parmi ces règles on peut citer celle qui concerne l'établissement d'un bilan et du compte de pertes et profits (art. 9 C. com.).

L'article 34 de la loi du 24 juillet 1867 rappelle cette règle générale et l'applique aux sociétés anonymes.

On sait que l'inventaire qui sert de base à une poursuite pour distribution de dividendes fictifs n'est pas nécessairement un acte spécial d'une forme sacramentelle et déterminée, mais bien tout compte rendu, tout état de situation au moyen duquel on peut surprendre le vote d'une assemblée générale des actionnaires.

(8) G. Ripert et J. Boulanger, *Traité de droit civil*, d'après le traité de Planiol, t. II (éd. 1957), nos 899 et 930.

M. Planiol, *Etudes sur la responsabilité civile*, *Rev. crit.*, 1905, p. 183 et s.; A. Rabut, *De la notion de faute en droit privé*, nos 9 et s.; V. R. Chapus, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, 2^e éd. 1958, nos 347 et s.

Toutefois il est nécessaire, pour qu'il soit assuré en fin d'exercice la réalité aussi exacte que possible du dividende mis en distribution, que l'inventaire, ainsi entendu, remplisse les deux conditions légales suivantes (9) :

- 1° l'exactitude matérielle des relevés, sans omissions, ni additions ;
- 2° la sincérité dans les évaluations.

Ces deux obligations qui pèsent sur tous ceux qui sont chargés par la loi de la confection des écritures sociales trouvent leur fondement et leur justification sur le fait que la situation d'une société est essentiellement variable et, par conséquent, ses valeurs actives et passives subissent au cours d'un exercice des augmentations ou des diminutions.

Il en résulte que l'inventaire, étant l'œuvre des administrateurs ou gérants, constitue la pièce capitale dans l'examen de la question qui nous occupe ici. L'infraction commise à l'une des règles qui régissent son établissement rend, en effet, nécessairement les dirigeants de sociétés responsables des conséquences dommageables qui pourraient en résulter.

Aussi les administrateurs ou gérants doivent-ils, sous leur responsabilité, déterminer l'importance des réductions à opérer annuellement, du taux des amortissements, et des créances irrécouvrables, mauvaises, douteuses ou contentieuses, étant entendu que seules les créances sérieuses résultant d'opérations accomplies doivent figurer à l'actif social pour la détermination des bénéfices à répartir annuellement entre les actionnaires.

Tant qu'on n'a pas déterminé la valeur des amortissements et des provisions, qui doivent être opérés par la société pour réparer les pertes subies ou probables et enregistrées pendant l'exercice considéré, les dirigeants de sociétés ne peuvent donc sans engager leur responsabilité civile, décider la distribution des dividendes aux actionnaires.

Il y a lieu d'ajouter que si en principe il n'est pas interdit de choisir telle méthode du bilan ou du compte de pertes et profits paraissant le mieux convenir à la société, une fois le système adopté pour un exercice, la loi s'oppose à ce que cette forme soit modifiée pour les exercices suivants. C'est la règle de l'immutabilité du bilan et du compte de pertes et profits (10).

En effet, aux termes de l'article 35, alinéa 1, de la loi du 24 juillet 1867, tel qu'il est modifié par le décret du 30 octobre 1935, « le bilan et le compte de profits et pertes présentés à l'assemblée des actionnaires, doivent être établis chaque année dans la même forme que les années précédentes ».

(9) Hamel et Lagarde, t. I, n° 266 et s.; Ripert et Roblot, t. I, n° 457 et 1445; Copper-Royer, t. II, n° 249 et s.

(10) Ripert et Roblot, t. I, n° 1441; Escarra, n° 822, p. 510.

L'idée directrice du législateur a été de permettre la comparaison des bilans successifs et des comptes de pertes et profits d'une année à l'autre et d'empêcher ainsi les trucages relatifs aux méthodes d'évaluation et d'amortissement.

Une atténuation très importante est toutefois apportée au principe énoncé. Le décret du 30 octobre 1935 confère, en effet, à l'assemblée générale le droit d'apprécier s'il y a lieu de déroger à la règle de la fixité du bilan et du compte de pertes et profits, et lui donne le pouvoir d'approuver chacune des modifications apportées, soit au mode de présentation des chiffres, soit aux méthodes d'évaluation (11).

L'approbation doit être expresse et spéciale, c'est-à-dire faire l'objet d'un vote pour chaque dérogation, et non viser en bloc un système différent d'évaluations (12). Le texte précise, en outre, que la décision, pour être valable, est subordonnée à la lecture des motifs du rapport des commissaires aux comptes qui, indépendamment de ce rapport spécial, sont chargés, en vertu de l'article 32 de la loi du 24 juillet 1867, comme le sont d'ailleurs les membres du conseil de surveillance dans les sociétés en commandite par actions (art. 10, al. 2, L. 24 juill. 1867) et dans certaines sociétés à responsabilité limitée (art. 32, al. 3, L. 7 mars 1925), de faire chaque année à l'assemblée générale un rapport général dans lequel ils doivent signaler les irrégularités et inexactitudes, et constater, s'il y a lieu, des motifs qui s'opposent aux distributions de dividendes proposées par les administrateurs. Ainsi, donc, sans imposer aucune règle concernant le mode de présentation du bilan et les méthodes d'évaluation des différents postes, le législateur oblige les dirigeants de sociétés à adopter un principe et s'y maintenir, sinon toute modification doit être approuvée expressément par l'assemblée des actionnaires.

De plus, bien que l'exercice se solde par des bénéfices, il est nécessaire d'effectuer avant toute distribution de dividendes le prélèvement pour la réserve légale. Si ce prélèvement n'était pas effectué, les administrateurs de la société anonyme seraient, aux termes de l'article 44 de la loi de 1867, responsables de cette infraction aux dispositions de la loi instituant dans les sociétés anonymes la réserve légale (13), (art. 36, L. 24 juill. 1867).

Il en est de même en ce qui concerne les gérants de société à responsabilité limitée, société pour laquelle la loi de 1925 prescrit elle-même la constitution d'un fonds de réserve dans les mêmes conditions que la loi de 1867 (art. 33, L. 7 mars 1925).

(11) V. B. Mayer, *La pratique comptable et les articles 34 et 35 de la loi du 24 juillet 1867. Présentation du compte de pertes et profits aux assemblées générales d'actionnaires dans les sociétés anonymes*, Paris, 1962.

(12) H. Solus, *La réforme du droit des sociétés par les décrets-lois de 1935 et 1937*, n° 289.

(13) Hamel et Lagarde, t. I, n°s 723 et 726 ; Ripert et Roblot, t. I, n° 1459 ; Pic et Kreher, t. II, n° 3030 ; Houpin et Bosvieux, t. II, n° 1343, p. 579 et s. ; Lyon, 6 mars 1888, *Journ. Soc.* 1889, p. 390.

Remarquons, que l'appréciation de la faute des organes sociaux de gestion et de contrôle pour infraction aux dispositions légales, est du pouvoir des juges (14) qui tenant compte de toutes les circonstances de fait, particulières à chaque espèce, décident librement sur le cas fautif de la distribution.

En définitive, les dirigeants de sociétés sont tenus, sous peine de responsabilité, d'accomplir toutes les prescriptions légales qui leur sont imposées.

B. — *Violation des statuts.*

La violation des statuts, constitue, comme l'inobservation des prescriptions légales, une faute qui, lorsqu'elle cause un préjudice, entraîne la responsabilité des administrateurs et gérants de sociétés. Chargés de gérer les intérêts sociaux, leur premier devoir n'est-il pas, de respecter les statuts et d'en observer les clauses ?

On comprend aisément que si la responsabilité d'un administrateur ou gérant doit être engagée quand il y a violation de sa part d'une prescription légale, il ne saurait en être différemment lorsqu'il a enfreint les statuts qui sont en somme la loi de la société (15), la « constitution » sous laquelle la société a décidé de vivre. Les statuts d'une société, disent les plus anciens arrêts, ont à la fois pour objet « l'intérêt public et l'intérêt des actionnaires et des tiers appelés à contracter avec elle ».

Il ne fait pas dès lors de doute, bien que, contrairement à l'article 25 de la loi de 1925, cette cause de responsabilité ne se trouve pas dans les dispositions de l'article 44 de la loi de 1867, que la violation des clauses statutaires de la part des administrateurs ou gérants entraîne leur responsabilité.

L'infinie variété des clauses que la liberté des conventions (16) et la toute puissance de l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires (17) permettent d'introduire dans les statuts d'une société rend impossible une énumération générale des cas de responsabilité encourue par les administrateurs ou gérants à raison des infractions commises aux statuts.

Parmi les cas de violation des statuts une place spéciale doit cependant être ici réservée aux actes accomplis par les dirigeants de sociétés concernant la détermination des bénéfices annuels et leur répartition.

(14) J. Fassier, *La responsabilité civile des administrateurs et la gestion de la société anonyme*, p. 60.

(15) Ripert et Roblot, t. I, n° 564 et s.

(16) V. G. Ripert, *L'ordre économique et la liberté contractuelle*, in *Mélanges Gény*, t. II, p. 374 et s.

(17) V. Hamel et Lagarde, t. I, n° 695 et s. ; Escarra, n° 857 et s. ; Bosvieux, *Souveraineté de l'assemblée extraordinaire des sociétés par actions*, thèse, Paris, 1933.

En général, les statuts reproduisent en partie les dispositions légales, mais il se peut, que certaines de ces dispositions se trouvent aggravées comme, par exemple, celles qui fixent le montant des réserves, le taux des amortissements ou celles constituant des provisions supplémentaires.

Dans ces cas, les administrateurs ou gérants sont tenus de se conformer à cette loi statutaire lorsqu'ils établissent les comptes définitifs annuels et répartissent les bénéfices qui en résultent. De la sorte, un acte qui ne constitue pas en lui-même une faute de droit commun, se trouve être fautif, pouvant justifier une action en responsabilité (18), si cet acte est qualifié comme tel par les statuts.

C'est ainsi que lorsque les statuts prévoient, en outre de la réserve légale, une autre réserve complémentaire, les administrateurs ou gérants doivent opérer les prélèvements prévus pour cette réserve, et veiller à sa conservation. Les réserves, en effet, font partie de l'actif social, et comme elles sont instituées aussi bien dans l'intérêt des tiers que dans l'intérêt de la société et des associés, les administrateurs ou les gérants seraient responsables, à l'égard des uns et des autres, de l'absence de réserves ou de leur dilapidation (19).

Même au cas où les statuts contiendraient la disposition d'un prélèvement supérieur au taux de 5 % sur les bénéfices nets de l'exercice ou de 10 % sur le capital pour la constitution de la réserve légale, cette prescription devra obligatoirement être observée (20).

Le plus souvent, les dispositions statutaires ne se contentent pas d'ordonner la formation de réserves — les amortissements et provisions exagérés doivent être assimilés à des réserves (21) — mais, de plus, elles leur déterminent les règles suivant lesquelles elles devront être calculées.

Ainsi est-il possible qu'il sera prévu un prélèvement fixe ou proportionnel sur les bénéfices ou, encore, l'ordre dans lequel devront se faire les prélèvements que la société sera obligée à effectuer avant toute distribution de dividendes aux actionnaires.

En règle générale, toute clause intéressant le mode de calcul ou de répartition des bénéfices doit être considérée comme une des clauses essentielles de la régularité des dividendes mis en distribution, et, partant, soustraites au pouvoir des administrateurs ou gérants chargés de proposer à l'assemblée générale le plan de répartition.

Toujours est-il, en effet, que la réalisation de bénéfices demeure le but fondamental des sociétés commerciales, et, nécessairement, toute

(18) Lyon-Caen et Renault, t. II, par Amiaud, n° 824, p. 267.

(19) Hamel et Lagarde, t. I, n° 724 ; Pic et Kreher, t. II, n° 3031 ; Es-carra, n° 854 ; Amiaud, Traité des réserves, op. cit., n° 93.

(20) Amiaud, Traité des réserves, op. cit., n° 71, p. 118.

(21) Amiaud, Traité des réserves, op. cit., n° 53, p. 93 et s. ; Lyon-Caen et Renault, t. II, par Amiaud, n° 902 et s.

décision qui pourrait être prise par les dirigeants sociaux en dehors des règles légales ou statutaires exercera, en fin de compte, une certaine influence sur le chiffre des bénéfices à distribuer et déterminera, sans aucun doute, leur responsabilité.

Il en résulte que les prescriptions des statuts concernant la constitution des réserves s'imposent, sous leur responsabilité, aux administrateurs et gérants de sociétés. La création de ces réserves restreint ainsi les distributions de bénéfices destinés aux actionnaires et, de ce fait, constitue une cause de conflits fréquents, entre ceux-ci et la société car, en définitive, il ne s'agit ici que d'une question d'intérêts antagonistes (22).

Remarquons cependant à cet égard, qu'il appartient aux juges du fond d'interpréter les clauses des statuts relatives à la détermination et répartition des bénéfices.

D'autre part, ce que nous avons dit à propos de la violation des dispositions légales, s'applique également quant à l'appréciation de la faute, à la violation des prescriptions statutaires.

Le fait, donc, que l'on se trouve en présence de bénéfices au sens véritable du mot, n'est pas dans tous les cas suffisant pour permettre une répartition immédiate car, à peine de fictivité du dividende mis en distribution, les réserves statutaires doivent recevoir la part fixée par les statuts (23). La violation des statuts doit ainsi être au point de vue de la responsabilité, assimilée aux infractions à la loi.

C. — *Fautes de gestion.*

Sans aller à l'encontre de dispositions formelles des statuts, les dirigeants de sociétés peuvent accomplir certains actes ou s'abstenir de certains autres en violation du devoir général défini par leur fonction d'administrateur ou de gérant. Nous sommes ici dans le domaine des fautes de gestion proprement dites dont l'article 44 donne comme exemple significatif la distribution de dividendes fictifs.

Cette cause de responsabilité est certainement beaucoup plus délicate à définir, en raison de la difficulté à préciser ce qu'il faut entendre par faute de gestion.

On peut dire, d'une façon générale, que pour déterminer la faute de gestion, il faut faire une distinction entre la responsabilité qui frappe les administrateurs et gérants en fonction au moment où la nullité de la société a été encourue pour vice de constitution et celle relative aux fautes commises au cours de la vie sociale.

(22) V. Hamel et Lagarde, t. I, n° 724 ; M. Cousin, Le bénéfice distribuable et sa répartition entre les ayants droit dans les sociétés anonymes, Nancy, 1951.

(23) A. Becquey, La distribution de dividendes fictifs, n° 104, p. 75.

Une telle distinction qui paraît avoir le sens le plus large conduit nécessairement à faire rentrer dans la faute de gestion, lato sensu, aussi bien les fautes de gestion stricto sensu que tous les faits contraires à la loi et aux statuts.

Posée en ces termes la distinction n'élude pas toutes les difficultés car, en dehors du cas où l'organe de gestion mis en cause a manqué à une prescription légale ou statutaire, la faute reste toujours difficile à préciser lorsqu'il s'agit d'une prescription relative aux devoirs de gestion proprement dits.

En effet, il est impossible de déterminer a priori d'une façon exacte dans quels cas il y aura manquement à ces devoirs et, partant, responsabilité civile car, normalement, les facteurs qui concourent au fonctionnement irréprochable des sociétés sont très variables et nombreux ; ils sont multiples aussi bien dans les individus eux-mêmes que dans les actes qui, de ce fait, prennent une signification particulière selon chaque espèce, et commandent des solutions diverses eu égard à la situation sociale.

A cet égard, on sera en effet plus ou moins sévère, pour apprécier la gravité des manquements à leurs devoirs des administrateurs et des gérants de sociétés et déterminer la nature exacte de ces devoirs, en raison des circonstances économiques (24) ou financières propres à chaque société. L'action en responsabilité pour fautes de gestion proprement dites devient ainsi, la plus fréquente comme étant directement liée aux vicissitudes économiques.

Le législateur de 1867 a si bien compris que la diversité des faits pouvant engendrer la responsabilité échappait à toute analyse, qu'il s'est borné à indiquer dans l'article 44, le cas de distribution de dividendes fictifs. Toute énumération des actes présentant le caractère d'une faute de gestion stricto sensu aurait été nécessairement incomplète et aurait laissé échapper beaucoup de faits qui tombent aujourd'hui sous l'application de la loi en raison de la généralité des termes employés (25).

Cela veut-il dire que les administrateurs ou gérants doivent être inquiétés pour toutes les conséquences fâcheuses de leurs actes, alors que ces actes ont été accomplis dans des conditions normales ? Assurément non puisque le fondement juridique de la responsabilité des organes sociaux de gestion et de contrôle réside dans l'existence d'une faute. Les dirigeants de sociétés ne peuvent en effet, s'engager à garantir la prospérité de la société, ce qui équivaldrait à substituer la responsabilité pour risque à la responsabilité pour faute, et la jurisprudence n'a jamais été jusque là malgré la nécessité de protéger l'épargne.

(24) V. L. Josserand, Comment les textes de loi changent de valeur au gré des phénomènes économiques, in *Mélanges Capitant*, p. 369 et s.

(25) Pic et Kreher, t. II, n° 3039, p. 603.

Mais, dans ces conditions, on doit préciser le caractère de cette faute et se demander si, indépendamment des infractions à la loi et aux statuts, il existe des cas où la responsabilité civile des administrateurs ou gérants peut être encourue.

Disons tout d'abord à cet égard qu'il ressort des termes de l'article 44 de la loi du 24 juillet 1867 qu'une obligation générale (26) pèse sur les administrateurs comme d'ailleurs sur tout dirigeant de sociétés, celle de bien gérer les affaires sociales. Les administrateurs sont donc responsables, non seulement de leur faute lourde et du dol, mais encore de leurs fautes, c'est-à-dire de leurs erreurs, de leurs négligences, de leurs imprudences, voire même de leurs abstentions, l'appréciation devant être faite d'autant plus sévèrement que la fonction a été stipulée salariée (27). Ceux qui gèrent les intérêts d'autrui doivent, en effet, y apporter tous leurs soins ou se démettre car nul n'a le droit d'accepter une charge sans en endosser à l'avance les responsabilités. Tels sont donc, les caractères de la faute de gestion.

Mais que faut-il entendre au juste par faute de gestion ?

Dans la doctrine classique la faute de gestion est la faute commise dans l'exécution du contrat de mandat. C'est une faute que ne commettent pas les administrateurs ou gérants prudents et diligents, selon les règles du droit commun du mandat. Cette faute se situe ainsi en dehors de celles constituées par les violations de la loi et des statuts.

Mais l'article 44 ne retient pas seulement la faute de gestion résultant de la mauvaise exécution du contrat de mandat, qui lie selon la théorie classique les administrateurs et les gérants avec la société et les actionnaires, il fait allusion à la faute délictuelle de gestion, citant le cas d'une distribution de dividendes fictifs à propos de laquelle le conseil répond de ses fautes de gestion à l'égard de la société, des actionnaires et des tiers. Les administrateurs et les gérants se trouvent donc dans l'obligation de bien gérer à l'égard de tous.

Cette obligation se trouve ainsi précisée dans son contenu par l'exemple même que le législateur a d'une façon significative choisi. Elle consiste, à nos yeux, à ce que les administrateurs ou gérants fassent tout ce qui, en un mot, tend à conduire la société vers la fin qu'elle s'est proposée en se constituant, c'est-à-dire procéder à tout acte dans le but d'assurer la mise en valeur du patrimoine social et faire des bénéfices, qui pourraient en résulter, un usage conforme aux prescriptions légales et statutaires existantes à ce sujet. La mise en valeur du patrimoine social, c'est-à-dire l'acte de gestion proprement dit est donc une obligation en principe.

Il y a lieu d'ajouter que cette mise en valeur comporte non seulement des actes principaux, mais des actes accessoires qui ont leur source dans

(26) Escarra et Rault, t. IV, n° 157, p. 311.

(27) Cass. com., 26 nov. 1956, Bull. cass., 1956.3.262 ; Douai, 11 juill. 1957, D. 1957.715, note Lagarde.

des actes de mise en valeur, actions, transactions, compromis, etc. Toutefois la mise en valeur peut être soumise à des dispositions légales ou statutaires spéciales sur les modalités d'accomplissement d'un acte de gestion.

L'action en responsabilité pour faute de gestion devient ainsi la plus fréquente comme étant directement liée à la vie sociale tout entière.

En effet, du moment que les administrateurs ou les gérants sont tenus de prendre des décisions, cela suppose un choix, une alternative, donc une chance d'erreur. La tendance de la prétendue victime sera de qualifier faute de gestion tout acte dont le résultat sera malheureux ou moins avantageux pour elle qu'un autre acte qui aurait pu être décidé par les dirigeants de la société au lieu et place du premier.

Mais les tribunaux peuvent sans aucun doute exercer un contrôle très strict sur la qualification du fait litigieux et constater d'une façon précise quels sont parmi les agissements des administrateurs ou gérants ceux qui peuvent leur être imputés à faute de gestion (28). Cette recherche de la part des juges sera, d'ailleurs, facilitée du fait que, souvent, les différents ordres de fautes se confondront comme dans le cas d'une distribution de dividendes fictifs (29) où les trois causes de responsabilité civile des dirigeants de sociétés, à savoir l'infraction aux dispositions légales, la violation des clauses statutaires et la faute de gestion se trouvent réunies.

§ 2. — NATURE DE LA RESPONSABILITE

Les lois sur les sociétés commerciales ayant admis en principe la responsabilité des organes sociaux de gestion et de contrôle, ont pris soin d'indiquer, ainsi que nous l'avons vu, que le fondement de cette responsabilité résidait dans les prescriptions du droit commun.

Ainsi, bien qu'à proprement parler le législateur n'ait à aucun moment tranché la question de la nature de la responsabilité en matière de dividendes fictifs, l'opposition traditionnelle dans le droit commun des responsabilités délictuelle et contractuelle pourrait-elle nous fournir la solution du problème qui nous occupe ici.

On conçoit bien l'importance dans notre matière de l'adoption de cette manière de voir en ce qui concerne notamment, les règles relatives à la charge de la preuve, à l'étendue des dommages et à la compétence.

De plus, on peut se demander s'il n'y a pas un intérêt à essayer de distinguer les deux sortes de responsabilité, non seulement pour les faire jouer entre la société et les tiers mais, aussi, pour chercher une formule

(28) Cass. civ., 19 févr. 1890, D.P. 1890.1.241 ; 13 janv. 1892, D.P. 1892.1.157 ; 2 juill. 1901, D. 1903.1.169 Trib. Seine, 21 mai 1935, Gaz. Trib., 23 oct. 1935.

(29) Pic et Kreher, t. II, n° 3043, p. 609 et s.; n° 3055, p. 629.

permettant l'exercice des actions en responsabilité de la part des associés eux-mêmes.

D'une façon générale, la distribution de dividendes fictifs, étant considérée comme une violation aux dispositions légales, statutaires et aux prescriptions concernant la gestion sociale peut, suivant qu'elle est envisagée par rapport à la société et aux actionnaires ou par rapport aux tiers, revêtir le caractère de faute contractuelle ou délictuelle dans l'un ou dans l'autre cas.

A. — *Responsabilité contractuelle.*

Si l'on envisage l'action en responsabilité intentée par la société, personne morale, contre ses administrateurs, action connue sous le nom d'action sociale, on se trouve apparemment dans le cas très général de la responsabilité du mandataire vis-à-vis de son mandant.

En effet, aux termes de l'article 22 de la loi du 24 juillet 1867, les sociétés anonymes « sont administrées par un ou plusieurs mandataires à temps, révocables, salariés ou gratuits... ».

Il résulte de ce texte que la société anonyme a pour organe de son existence et de ses fonctions économiques de purs et simples mandataires soumis aux règles du droit civil sur le mandat. On appliquera donc à ces mandataires les articles 1991 et 1995 du Code civil qui les rendent responsables de leur simple faute et les obligent à rendre compte de leur mission (30).

En conséquence, le droit commun auquel fait allusion l'article 44 de la loi de 1867 lorsqu'il déclare les administrateurs responsables de distribution de dividendes fictifs ne saurait être que le droit commun de la responsabilité contractuelle.

Il en serait, semble-t-il de même de tous les organes sociaux de gestion et de contrôle pour lesquels la loi de 1867 emploie très souvent le mot « mandat » (art. 9, al. 2 ; art. 32, al. 1 et 5 ; art. 33, al. 2, 5 et 8 ; art. 34, al. 3 ; art. 43).

Mais cet argument de texte, même appuyé par son interprétation jurisprudentielle et son approbation doctrinale ne nous paraît pas être décisif. En réalité ce mandat des administrateurs présente à l'analyse une particularité qui le distingue d'une façon fondamentale du mandat ordinaire. C'est qu'il est institué par la loi, non pas seulement dans l'intérêt du mandant, c'est-à-dire de la société et, pour la jurisprudence et la majorité de la doctrine, des associés mais aussi, dans l'intérêt des tiers qui sont les créanciers sociaux. Il relève, encore, d'un but d'intérêt public

(30) V. Hamel et Lagarde, t. I, n^{os} 661 et s.; Ripert et Roblot, t. I, n^o 1319 ; Escarra, n^o 806.

concernant l'organisation de l'économie et des institutions alors que le mandat de droit commun est une convention individuelle

En effet, il est clair que le fonctionnement régulier des sociétés commerciales n'intéresse pas seulement les associés, et que leur mauvaise gestion, traduite par les inexactitudes, insuffisances, lacunes et fraudes dans les bilans faisant ainsi ressortir un bénéfice apparent, dérègle gravement l'économie du pays. La réglementation et l'efficacité de la gestion ou du contrôle est, donc, essentielle à la stabilité du système général de l'économie, et, sans elles, le mouvement des affaires se trouve nécessairement compromis.

Cette affirmation reste particulièrement fondée à notre époque où des dispositions réglementaires et légales, toujours plus nombreuses, viennent, dans un intérêt public, limiter le libre choix par les sociétés de leurs organes de gestion et de contrôle, préciser l'étendue des pouvoirs qui sont confiés à ces organes, et régler les conditions ou les effets de la responsabilité qui leur incombe (31).

En outre, à s'en tenir à la lettre des textes, il ne pourrait y avoir en matière de distribution de dividendes fictifs que de responsabilité contractuelle dans la mesure du dommage causé seulement à la société avec laquelle les administrateurs et les autres organes sont liés par le mandat. Mais cette solution contraire à la loi elle-même ne peut être acceptée par personne.

En réalité, le problème est plus délicat, et il dépend, en définitive, de la question de savoir si le mandat est suffisant pour caractériser la mission des organes de gestion et de contrôle.

A nos yeux, l'ampleur inusitée de pouvoirs de ces organes, les rendant dépositaires des biens sociaux, chefs du personnel, maîtres de la vie sociale, est inconciliable avec la notion de mandat du droit civil. Ces pouvoirs extrêmement larges rendraient en outre, tout à fait exceptionnelle l'application de l'article 1998 du Code civil lorsqu'il serait évoqué par les tiers. Ceux-ci ne pourraient ainsi se prévaloir de simples fautes de gestion constituant d'après la doctrine classique la violation des règles du mandat (32). Dans ces conditions, la distribution de dividendes fictifs, faute de gestion par excellence, resterait en dehors de toute responsabilité.

B. — *Responsabilité délictuelle.*

C'est pour éviter ces difficultés qu'il est généralement admis que, si la responsabilité des organes de gestion et de contrôle est contractuelle lors-

(31) V. A. Amiaud, L'évolution du droit des sociétés par actions, in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle*, Etudes Ripert, t. II, p. 287 et s. ; M. Polti, *Le foisonnement des lois*, Paris, 1955 (publication A.N.S.A.).

(32) Lyon-Caen et Renault, t. II, par Amiaud, n^o 824 bis, p. 268 ; Houpin et Bosvieux, t. II, n^o 1082 ; Becquey, op. cit., n^o 243, p. 170.

qu'il s'agit d'un dommage causé à la société, elle devient délictuelle en ce qui concerne les tiers (33). A raison des mêmes fautes, ces organes peuvent, ainsi, encourir une double responsabilité : contractuelle envers la société qu'ils ont mal gérée, délictuelle envers les tiers victimes de leurs agissements.

La Cour de cassation a souvent affirmé « qu'en plaçant dans le droit commun le fondement de la responsabilité des administrateurs, le législateur a entendu se référer non seulement aux règles relatives au contrat de société et au mandat (art. 1850 et 1992 du Code civil), mais aussi aux principes généraux consacrés par les articles 1382 et 1383 du Code civil » (34).

Il en est ainsi notamment, en cas de distribution de dividendes fictifs, des actions en responsabilité intentées par des actionnaires qui ont été amenés à acquérir des actions à un cours supérieur à leur valeur réelle, sous la foi de bénéfices distribués (35) ou d'autres agissements analogues.

On peut cependant se demander s'il y a véritablement intérêt à essayer de distinguer les deux sortes de responsabilité (36), responsabilité contractuelle lorsqu'il s'agit de la société, responsabilité délictuelle envers les actionnaires et les tiers, dans un cas, tel la distribution de dividendes fictifs, où l'obligation de réparer le dommage causé par les organes sociaux est prescrite par la loi elle-même (37).

D'ailleurs, les auteurs les plus récents n'attribuent plus à la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle qu'une portée technique.

Planiol (38) montre que sur toutes les solutions fondamentales les différences classiques ont été exagérées à plaisir. Il n'y a que de différences de technique dont l'étude montre une importance négligeable dans notre domaine. MM. Léon et Henri Mazeaud et André Tunc (39) formulent également une appréciation analogue lorsqu'ils constatent une évolu-

(33) V. notamment, Lyon-Caen et Renault, t. II, par Amiaud, Loc. cit.

(34) Cass. civ., 8 avr. 1930, Journ. Soc. 1931, p. 405 ; V. également Trib. com. Seine, 21 mai 1935, Gaz. Trib. Rec. 2.245.

(35) Cass. Req., 16 janv. 1878, D. 1879.1.209 ; 3 déc. 1883, D. 1884.1.339 ; 16 févr. 1909, D. 1913.1.188 26 janv. 1910, S. 1911.1.105, note Perroud.

(36) Escarra et Rault, t. IV, n° 1568, p. 307 et s. ; Ripert et Rablot, t. I, n° 1319, p. 618.

(37) V. A. Brun, Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle, titre 2, ch. 2.

(38) Planiol, Etudes sur la responsabilité civile, Rev. crit., 1905, p. 117 et 1906, p. 80 ; Ripert et Boulanger, Traité de droit civil d'après le Traité de Planiol, t. II, n° 91 et s.

(39) H. et L. Mazeaud et A. Tunc, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle, t. I, n° 96 et s. ; V. aussi H. Mazeaud, L'évolution de la responsabilité civile, Cours de doctorat 1940-1941. Les Cours de droit.

tion des deux régimes de responsabilité vers l'unification. « Les auteurs qui ont séparé la responsabilité contractuelle de la responsabilité délictuelle ont été ainsi conduits à méconnaître l'unité de la responsabilité civile. Ils n'ont aperçu que les différences existant entre les règles qui gouvernent les deux ordres de responsabilité, différences de détail non les ressemblances profondes qui les rapprochent. Ils n'ont surtout pas compris combien il serait souhaitable d'atténuer les différences, et de parvenir à un système législatif dans lequel la responsabilité civile serait l'objet d'une réglementation unique, quitte à soumettre sur quelques points la responsabilité contractuelle à un régime exceptionnel. Telle est la méthode que la commission de réforme du Code civil se propose de suivre » (40).

En effet, si l'on enseigne généralement que la faute doit être prouvée dans la responsabilité délictuelle alors qu'elle est présumée dans la responsabilité contractuelle, c'est là une opposition qui cesse lorsqu'il s'agit d'une obligation de moyens (41) telle qu'elle est celle des administrateurs ou gérants qui ne sont responsables en cas d'échec dans leur gestion dont la distribution de dividendes fictifs constitue une faute caractéristique (42).

En outre, il faut remarquer que la responsabilité contractuelle suppose un mandat impliquant un rapport juridique entre deux sujets de droit dont l'un agit pour l'autre, ce qui est difficile à appliquer aux rapports existant entre la société et ses dirigeants qui, d'après la théorie de l'organe, ne font pas une personne distincte d'elle (43).

En définitive, on peut soutenir, semble-t-il, que si la source formelle des devoirs des organes sociaux est triple comprenant un mandat sur lequel se greffent des prescriptions légales et statutaires, la nature de la responsabilité résultant des manquements à ces devoirs ne peut être que délictuelle surtout quand il s'agit du devoir légal de ne distribuer que des bénéfices réels (44).

§ 3. — CARACTERE DE LA RESPONSABILITE

La question de la nature de la responsabilité des organes sociaux, qui distribuent ou laissent distribuer des dividendes fictifs, ainsi tranchée

(40) H., L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. II, 2^e éd., n° 376.

(41) - Sur les obligations de moyens V. R. Demogue, *Traité des obligations*, t. V, n° 1237 ; t. IV, n° 599 ; H. Lalou, *Traité pratique de la responsabilité civile*, 6^e éd. par P. Azard, n°s 441-442 ; A. Tunc, *La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence*, *Sem. Jur.* 1945.1.449 ; C. Thomas, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, *Rev. crit.*, 1937, p. 636 et s.

(42) J. Hamel, *La responsabilité individuelle ou solidaire des membres du conseil d'administration dans les sociétés anonymes*, *Rev. Soc.* 1923, p. 132.

(43) L. Michoud et L. Trotabas, *La théorie de la personnalité morale*, t. II, p. 230.

(44) Becquy, *La distribution de dividendes fictifs*, n° 243, p. 170.

en faveur de la responsabilité délictuelle, il reste à se demander quel en sera le caractère.

Il importe de remarquer, à cet égard, qu'à raison du caractère complexe que présente le délit civil de distribution de dividendes fictifs, les fautes commises par les administrateurs, gérants ou commissaires de surveillance sont en général imputables à plusieurs d'entre eux. On peut alors, se demander si la responsabilité doit être solidaire ou conjointe et personnelle.

Les auteurs de la loi du 24 juillet 1867, pas plus que ceux de la loi du 7 mars 1925 sur les sociétés à responsabilité limitée, ne se sont prononcés expressément sur ce point. On lit, en effet, dans l'article 44 de la loi de 1867 et l'article 25 de la loi de 1925 que les administrateurs ou gérants, sont responsables, conformément aux règles du droit commun, individuellement ou solidairement, suivant les cas, sans préciser laquelle des deux responsabilités est la règle et laquelle l'exception.

Il n'est pas sans intérêt de rappeler, sur ce point, que les termes dont se sert l'article 44 sont en opposition avec ceux que le même législateur a employés dans l'article 42. Ce texte est relatif à la responsabilité que les administrateurs peuvent encourir du fait de la nullité de la société ou de celle d'un acte ou d'une délibération sociale ; dans cette hypothèse, les administrateurs sont responsables solidairement et de plein droit envers les tiers et les actionnaires du dommage qui résulte de cette annulation (45).

En outre, on se trouve en présence d'une « solidarité réelle », mais limitée au dépôt de garantie, consacrée par l'usage commercial et maintenue par l'article 21 de la même loi de 1867 qui veut que les actions déposées par les administrateurs en garantie de tous les actes de leur gestion, et dont le nombre est fixé par les statuts, soient affectées, alors même qu'un seul administrateur serait responsable, à l'exécution des condamnations prononcées (46). En fait, cette institution a échoué à raison, non pas tant du caractère solidaire de la responsabilité, mais, surtout, de l'absence de minimum légal, les statuts, n'imposant, d'habitude, que le dépôt d'un nombre dérisoire d'actions.

Dès lors, la question du caractère solidaire ou individuel de la responsabilité reste entièrement posée et l'introduction de la responsabilité particulière par les décrets-lois de 1935 et par les lois du 16 novembre 1940 ou du 3 mars 1943 n'ont pas entraîné la caducité des règles du droit commun applicables en la matière.

(45) V. J. Hemard, *Nullité des sociétés et sociétés de fait*, 2^e éd., Paris, 1927 ; J. Leblond, *De la nullité des sociétés à responsabilité limitée et de la responsabilité qui en découle*, Rev. trim. dr. com. 1951, p. 438 ; H. Bosvieux, *Nullité d'une société anonyme ; responsabilité des fondateurs et administrateurs*, Journ. Soc. 1910, p. 49 ; H. Mouret, *Responsabilité des fondateurs et administrateurs de sociétés anonymes*, thèse, Toulouse, 1894.

(46) Ripert et Roblot, t. I, n^{os} 1256 et 1322 ; Escarra, n^o 800 ; Pic et Kreher, t. II, n^{os} 2031 et s.

Cette question se complique, d'ailleurs, du fait que la responsabilité, habituellement qualifiée de responsabilité solidaire, entraîne souvent moins une véritable solidarité, entre tous ceux qui ont distribué ou laissé distribuer des dividendes fictifs, qu'une obligation *in solidum*.

A. — *Responsabilité individuelle.*

Un point paraît acquis en jurisprudence et en doctrine : il n'y a pas en principe de solidarité entre les coauteurs de la faute (47), puisque les sociétés renvoient au droit commun, d'après lequel, spécialement entre mandataires, la solidarité ne se présume pas.

En effet, indépendamment de l'article 1202 du Code civil qui déclare que « la solidarité ne se présume pas, elle doit être expressément stipulée », l'article 1995 précise que « quand il y a plusieurs fondés de pouvoir ou mandataires établis par le même acte, il n'y a solidarité entre eux qu'autant qu'elle est exprimée ».

En outre, l'article 32 du Code de commerce, à propos des sociétés, a prévu que les administrateurs ne contractent à raison de leur gestion aucune obligation personnelle ni solidaire relativement aux engagements sociaux.

Il ne fait pas de doute, alors, que la responsabilité des organes sociaux a un caractère personnel, notamment lorsqu'il s'agit des dommages-intérêts dus en raison de la distribution de dividendes fictifs (48). Il y a là une règle absolument générale dont il n'y a point de motif de ne pas faire application en notre matière.

Les tribunaux ont eu du reste à en faire application toutes les fois où la communauté de la faute entre les organes sociaux n'empêche pas que la responsabilité soit divisée et que la part de chacun dans la faute puisse être déterminée (49). Si, donc, plusieurs sont responsables, ils ne le sont que conjointement, chacun pour la part qu'il a prise dans la faute.

Ce caractère personnel et individuel de la responsabilité ne pourrait faire place au caractère solidaire, tout au moins si l'on s'en tient à la lettre des textes, que dans les hypothèses précises où un article des statuts l'aurait prévu et dans les cas où la loi elle-même aurait prononcé cette solidarité.

Par conséquent, l'on ne peut éviter à notre sens de reconnaître, en principe, que la responsabilité des administrateurs, gérants et commis-

(47) Hamel et Lagarde, t. I, n° 661, p. 789 ; Escarra et Rault, t. IV, n° 1569, p. 309 ; Cass. com., 10 mai 1948, S. 1950.1.77, note Plaisant, J.C.P. 1949.II.4937, note Bastian, Rev. trim. dr. com. 1949, p. 487, chron. Rault, n° 8.

(48) Cass., 24 avr. 1891, D.P. 1893.1.49.

(49) Amiens, 5 févr. 1910, Journ. Soc. 1911, p. 213 ; Rouen, 26 avr. 1911, Journ. Soc. 1913, p. 128.

saires de surveillance, du fait de la distribution de dividendes fictifs, est individuelle, et doit être appliquée à chacun d'eux en raison et en proportion de ses propres fautes (50) ; et cela dans la mesure du préjudice qu'il a personnellement causé, sans qu'il y ait distinction à faire suivant que cette responsabilité est contractuelle, délictuelle ou quasi délictuelle. Seuls seront, donc, soumis à la responsabilité civile ceux qui ont commis des fautes d'action, de négligence ou d'omission et il y a là un premier caractère qu'il convient de mettre en valeur : la responsabilité individuelle est la règle et la responsabilité solidaire l'exception.

B. — *Responsabilité solidaire.*

La jurisprudence, cependant, en se foudant sur l'impossibilité de discerner le rôle individuel de chacun et en s'appuyant sur les termes de l'article 44 de la loi de 1867 qui reconnaît que la responsabilité des administrateurs peut cesser d'être individuelle pour devenir solidaire, a été souvent amenée à considérer que cette responsabilité était engagée à titre solidaire. Il en serait ainsi, notamment, en cas de distribution de dividendes fictifs (51), acte particulièrement grave, dont la réalisation se présente comme étant l'œuvre collective du conseil d'administration et dans laquelle il serait impossible de découvrir la part plus ou moins prépondérante de chaque administrateur.

En effet, la gestion de la société anonyme est, en principe, l'œuvre collective du conseil d'administration (52). C'est le conseil bien plus que les administrateurs, pris individuellement, qui administre la société. Dès lors, la plupart des actes accomplis sont le résultat de décisions communes et il est difficile de faire dans ces actes la part de chaque administrateur.

Sans doute, l'article 44 vise-t-il les administrateurs, mais cela s'explique bien par le fait que la loi de 1867 connaît des administrateurs et non le conseil d'administration. Par contre, sous l'empire de la législation de 1940 (art. 1^{er}, al. 1, L. 16 nov. 1940) c'est le conseil qui administre, aujourd'hui la société et prend des décisions à la majorité. Par conséquent, si la décision constitue une faute, comme dans le cas de distribution de dividendes fictifs, c'est la faute d'un organe collégial, une faute collective qu'on doit prendre en considération. Le caractère collectif de la gestion fera ainsi apparaître, soit une faute commune ayant son fondement dans

(50) Lyon-Caen et Renault, t. II, par Amiaud, n° 825, p. 269.

(51) Cass. Req., 31 mars 1896, D. 1897.1.21 ; Paris, 28 juin 1894, D. 1895.2.235 ; 29 déc. 1934, Rev. trim. Soc. 1935, p. 184, D.H. 1936, som. 4 ; Colmar, 12 déc. 1936, Rev. Alsace-Lorraine 1937, p. 388.

(52) V. G. Lagarde, Commentaire de la loi du 16 nov. 1940, S. 1941.653 ; Houin, La pluralité des gérants d'une S.A.R.L., La société à responsabilité limitée, 1949, n° 1 ; P. Pic, Le problème de la gestion collective dans les sociétés à responsabilité limitée, D.H. 1928, chron., p. 78 ; H. Sabeau-Jouanet, Le conseil d'administration considéré comme une entité, thèse, Strasbourg, 1941.

la décision prise à la majorité ou à l'unanimité, soit le concours de plusieurs fautes si l'agissement fautif du président-directeur général (L. 4 mars 1943) s'accompagne du défaut de surveillance des autres administrateurs (53).

Mais la faute commune indivisible ne suffit pas à justifier la responsabilité solidaire des administrateurs. C'est pour cette raison que les arrêts se fondent généralement sur cette considération que le dommage aussi est indivisible et qu'il est, par conséquent, impossible d'en répartir la réparation entre ses auteurs (54).

Le Doyen Hamel a écrit sur ce point que « la responsabilité solidaire des administrateurs vis-à-vis des tiers trouve sa raison d'être dans une indivisibilité extérieure de leur action commune » (55). Chacun doit dès lors supporter, envers les parties lésées, la totalité des dommages-intérêts, sauf à répartir entre eux les suites de la condamnation, en tenant compte de leur rôle individuel dans le sein du conseil.

Il découle de là, une double conséquence qui peut caractériser la responsabilité civile des administrateurs :

- 1° Leur responsabilité solidaire résulte non seulement de la faute commune indivisible mais, surtout, de l'indivisibilité du dommage causé à la victime. Ainsi, à la notion de la communauté de la faute, résultant de la communauté de la décision, comme fondement de la solidarité n'est pas substituée, mais adjointe à elle son complément nécessaire, la notion de l'indivisibilité du dommage qui en est le résultat (56).
- 2° Quand un administrateur est actionné pour la réparation du dommage en totalité, il peut conclure à une déclaration de jugement commun contre tous les autres administrateurs qui ont participé avec lui à la décision de distribution de dividendes fictifs, afin de faire trancher la question de contribution aux dommages-intérêts dus à la victime (57).

En tout cas, lorsqu'il est possible de distinguer la part de chaque auteur dans le dommage causé, une condamnation solidaire ne peut être

(53) Hamel et Lagarde, t. I, n° 661, p. 789 et s.; Escarra et Rault, t. IV, n° 1569, p. 309.

(54) Paris, 13 juill. 1892, Rev. Soc. 1893, p. 223 ; 25 nov. 1904, Journ. Soc. 1905, p. 412 ; Trib. civ. Seine, 8 janv. 1886, Rev. Soc. 1886, p. 166 ; Trib. com. Seine, 2 déc. 1891, Journ. Soc. 1892, p. 537.

(55) Hamel, La responsabilité individuelle ou solidaire des membres du conseil d'administration dans les sociétés anonymes, Rev. Soc. 1923, p. 145.

(56) J. Fossier, La responsabilité civile des administrateurs et la gestion de la société anonyme, p. 124.

(57) Cass. civ., 13 mars 1901, D. 1901.1.398 ; Paris, 9 févr. 1935, Gaz. Pal. 1935.1.670.

prononcée que dans le cas où l'acte dommageable est réprimé par la loi pénale (58).

C'est l'application de l'article 55 du Code pénal qui fait qu'en matière criminelle la responsabilité civile entre dans le domaine de la solidarité (59). En vertu de ce texte « tous les individus condamnés pour un même crime ou pour un même délit, seront tenus solidairement des amendes, des restitutions, des dommages-intérêts et des frais ».

Mais, eu égard à la généralité des termes de l'article 1202 du Code civil, l'article 55 du Code pénal apparaît comme une disposition restrictive qui n'établit qu'un cas de solidarité légale. Son caractère restrictif s'affirme encore du simple fait qu'il est une règle de droit pénal. Par conséquent, son domaine est réduit à la matière des « crimes et délits » donc strictement pénal, car le mot « délits » n'est pas ici une expression générale. Il laisse donc en dehors de ses prévisions les délits ou quasi-délits purement civils et les faits punis par la loi répressive pour lesquels la condamnation pénale est devenue impossible ou n'est pas encore prononcée (60).

Il faut noter cependant que la responsabilité solidaire est, en pratique, plus fréquemment appliquée que la responsabilité individuelle de sorte qu'on est en présence d'une étrange exception bien plus souvent appliquée qu'une soi-disant règle.

Mais la jurisprudence, tout en prononçant des condamnations solidaires, n'hésite pas, comme nous l'avons déjà signalé, à proportionner la contribution finale de chaque administrateur à la gravité de la faute commise par chacun d'eux.

S'agit-il alors d'une solidarité proprement dite ou d'une simple responsabilité *in solidum* ?

C. — *Responsabilité in solidum.*

La doctrine a toujours été d'accord pour reconnaître que lorsqu'il s'agit de la responsabilité résultant d'un délit pénalement répressible, les administrateurs ou gérants sont solidairement responsables dans l'ac-

(58) Cass. crim., 1^{re} mars 1945, D. 1946, p. 129 ; 11 mars 1937, Gaz. Pal. 1937.1.943 ; Trib. com. Marseille, 14 févr. 1902, Journ. Soc. 1902, p. 513, Rev. Soc. 1902, p. 292.

(59) Hamel et Lagarde, t. 1, n° 661, p. 790 ; Ripert et Roblot, t. 1, n° 1321 ; Escarra, n° 805, note 2.

(60) Escarra et Rault, t. IV, n° 1570, p. 310 ; Civ., 26 mars 1894, D. 1894.1.496.

ception véritable de la solidarité. Dans tous les autres cas, on n'est en présence que d'une simple responsabilité in solidum (61).

Il ne fait pas de doute que la responsabilité des administrateurs pour le tout a lieu par la force même des choses. Celle-ci est en définitive analysée comme argument juridique justifiant la solidarité.

Mais si l'obligation n'est ni indivisible ni solidaire, ne doit-elle être divisible en vertu d'un principe fondamental du droit ? Comment peut-on expliquer juridiquement la coexistence de la divisibilité de la faute et de l'indivisibilité de la réparation du dommage qui en résulte sans tomber dans une contradiction ?

Il semble, cependant, que la notion d'une faute indivisible ne soit pas en contradiction avec cette division de la contribution de chaque administrateur à la réparation du dommage que pratique la jurisprudence en créant la responsabilité in solidum.

En effet, le conseil d'administration, en tant que tel, est investi d'une mission légale dans l'intérêt de la société, des associés et des tiers qui tous sont en droit, justifiant d'un préjudice, d'agir contre les membres du conseil. Les pouvoirs que possède le conseil, indépendamment des stipulations contenues dans les statuts, ont donc pour origine les règles légales qui lui imposent notamment, à la clôture de chaque exercice, la confection de l'inventaire et du bilan. Ainsi l'intérêt des victimes qui sont mises, par le législateur lui-même, dans l'impossibilité de faire la preuve de la participation fautive de chacun des administrateurs à la décision prise par le conseil de distribuer les dividendes fictifs explique, semble-t-il, suffisamment la position jurisprudentielle (62).

D'ailleurs, la jurisprudence ne reconnaît guère à cette condamnation solidaire que l'effet essentiel de permettre aux bénéficiaires de l'action d'exiger de l'un quelconque des administrateurs le paiement total des dommages-intérêts. Il est donc bien certain aujourd'hui que, excepté le cas de condamnation pénale pour infraction commune, la solidarité qui pèse sur les administrateurs n'est qu'une solidarité imparfaite, une responsabilité in solidum.

En effet, sans prononcer le terme d'obligation in solidum, la Cour de cassation en expose les effets puisque si elle accepte que chacun des admi-

(61) Hamel et Lagarde, t. I, n° 661 ; Escarra, n° 806, p. 496. V. aussi Mazeaud et Tunc, t. II, n° 1961 et s. ; Vincent, L'extension en jurisprudence de la notion de solidarité passive, Rev. trim. dr. civ. 1939, p. 601 et s. ; Civ., 25 févr. 1942, D. 1942, p. 96, note Lerebours-Pigeonnière ; V. cependant, Décugis, La responsabilité solidaire des administrateurs, Journ. Soc. 1935, p. 1 ; Copper-Royer, De la solidarité des administrateurs, Rev. sp. Soc. 1938, p. 493 ; Cass. Req., 16 févr. 1937, Sem. jur., 1937.II.273 ; 20 avr. 1939, Sem. jur. 1939.II.1302.

(62) Hamel, La responsabilité individuelle ou solidaire des membres du conseil d'administration dans les sociétés anonymes, Rev. Soc. 1923, p. 140.

nistrateurs puisse bien être poursuivi pour la totalité du dommage causé par la faute commune, elle écarte les effets secondaires de la solidarité.

En conséquence, à la différence de ce qui se passe dans la solidarité proprement dite, la prescription interrompue à l'égard d'un seul administrateur continue à courir à l'égard des autres ; l'appel interjeté par l'un ne dispense pas les autres d'interjeter appel, de même que l'appel formé par la victime contre l'un des administrateurs ne la dispense pas de mettre les autres en cause dans les délais légaux ; et que l'administrateur actionné ne peut pas opposer les exceptions ou défenses personnelles à un autre, que la reconnaissance de responsabilité ou la condamnation à des dommages-intérêts ne peuvent être opposées qu'à leur titulaire.

Pourtant, le caractère individuel de la responsabilité, malgré une condamnation de chacun des administrateurs pour le tout, est encore affirmé lorsque les tribunaux s'efforcent d'individualiser la responsabilité entre les administrateurs suivant la participation effective de chacun d'eux à l'acte dommageable.

Sur ce point, la Cour de cassation, cassant un arrêt de la Cour de Paris, s'est prononcée en ces termes :

« Si chacun des coauteurs dans le cas de concours de plusieurs fautes peut être condamné à réparer l'intégralité du dommage, lorsqu'il a contribué à son entière réalisation, la solidarité des articles 1202 et suivants du Code civil ne peut être prononcée entre eux que dans les cas prévus par la loi » (63).

Par conséquent, lorsqu'une condamnation au tout est prononcée contre un ou plusieurs administrateurs, l'un d'eux peut exercer une action récursoire contre ses codébiteurs limitée à la contribution définitive de chacun. Seuls seront, donc, soumis finalement à la responsabilité civile ceux qui ont commis des fautes, fautes d'action, de négligence ou d'omission. Quand tout dosage de faute semble impossible, la condamnation devra se partager également, « pro parte virili », entre chacun des administrateurs (64).

Il faut noter, pour terminer, que le recours contre les coauteurs du dommage peut être exercé soit par voie de citation séparée, soit par une assignation en déclaration de jugement commun et en répartition égale ou inégale de la condamnation (65).

(63) Cass. civ., 25 févr. 1942, D.C. 1942, p. 96, note signée P.L.P.

(64) Cass., 13 mars 1901, Journ. Soc. 1901, p. 494, D. 1901.1.398 ; Amiens, 5 févr. 1910, Journ. Soc. 1911, p. 213, Rev. Soc. 1911, p. 286.

(65) Paris, 25 nov. 1904, Journ. Soc. 1905, p. 412 Adde : Cass. civ., 13 mars 1901, précité ; Trib. com. Lyon, 1^{er} juill. 1926, Journ. Soc. 1929, p. 117.

SECTION II. — LE DROIT D'ACTION EN DOMMAGES-INTERETS

Lorsque des fautes ont été commises par les organes sociaux de gestion et de contrôle dans l'accomplissement de leur fonction — violation de la loi ou des statuts, négligences ou imprudences dans la gestion de la société — la question se pose de savoir qui a le droit d'action en justice pour obtenir réparation du préjudice qu'il a éprouvé de ces fautes.

Il est incontestable que le délit civil de distribution de dividendes fictifs cause un préjudice aussi bien à la société, personne morale, qu'aux créanciers sociaux. Pour ces deux catégories de personnes, les articles 44 de la loi de 1867 et 25 de la loi de 1925 indiquent expressément que les administrateurs ou gérants sont responsables envers elles lorsqu'ils distribuent ou laissent distribuer sans opposition des dividendes fictifs.

Mais toute distribution de dividendes fictifs est de nature à engager aussi, dans la mesure du préjudice qui en résulte, la responsabilité de ces mêmes organes envers les actionnaires qui ont acheté leurs titres sur la foi de l'annonce de ces dividendes.

Il n'est pas douteux, en outre, que porter atteinte aux intérêts sociaux, c'est en même temps léser les intérêts individuels des actionnaires, car tout préjudice causé au patrimoine social a sa répercussion sur les patrimoines particuliers des actionnaires dans la mesure des biens apportés par eux à la société lors de sa constitution ou de l'augmentation de son capital.

Dans ce cas, on peut se demander s'il y a lieu de déclarer la responsabilité des organes sociaux de gestion et de contrôle non seulement vis-à-vis des actionnaires qui sont entrés dans la société postérieurement à la distribution et qui ont été amenés à acquérir leurs titres par cette distribution, mais aussi au regard des actionnaires antérieurs. En d'autres termes, la société est-elle titulaire exclusive du droit d'action en réparation du dommage causé par la distribution de dividendes fictifs ou ce droit appartient-il aussi à l'actionnaire qui ressent par contre-coup, sur son patrimoine propre, les conséquences du dommage causé à la société ?

Après avoir posé les conditions d'existence de l'obligation de réparer les dommages causés par la distribution de dividendes fictifs, nous essaierons de déterminer le droit d'action qui appartient exclusivement à la société et le droit qui appartient également à l'actionnaire et aux tiers tout en cherchant à les opposer par des traits caractéristiques.

§ 1. — CONDITIONS D'EXISTENCE DE LA RESPONSABILITE

De droit commun, les administrateurs et gérants de sociétés ne sont responsables de leurs fautes de gestion envers la société, les tiers et les

associés ou de leurs fautes délictuelles dont ils ont pu se rendre coupables que dans les conditions déterminées par les articles 44 de la loi de 1867 et 25 de la loi de 1925. Ils ne répondent, par conséquent, de leurs fautes que si le rapport de cause à effet entre la distribution de dividendes fictifs ou tout autre fait incriminé et le préjudice est établi, et, seulement, dans la mesure du préjudice éprouvé par les demandeurs.

L'adoption de cette solution qui est aussi celle du droit commun dans le domaine contractuel, nous conduit à poser comme éléments constitutifs de l'obligation de réparer les dommages causés par la distribution de dividendes fictifs trois conditions fondamentales : il faut qu'une faute ait été commise par l'administrateur ou le gérant de la société, qu'un préjudice ait été souffert par la société, l'associé ou le tiers et qu'une relation de causalité existe entre la faute et le dommage.

Nous étudierons successivement la faute, le préjudice et le lien de causalité entre ces deux éléments.

A. — *La faute.*

Une faute doit être relevée à l'encontre des administrateurs ou gérants de sociétés pour que leur responsabilité délictuelle, du fait de distribution de dividendes fictifs, soit engagée. Encore faut-il que la victime de cette distribution, qui agit en responsabilité, fasse preuve de la faute, sans le recours d'aucune présomption, à moins qu'il n'y ait impossibilité légale comme dans le cas où il y a faute commune et indivisible.

Cette condition résultant du droit commun, nous ne pouvons que renvoyer sur cette question aux traités généraux sur la responsabilité contractuelle et délictuelle (66).

Il faut cependant remarquer que l'imprudence ou la négligence la plus minime, peut être prise en considération pour déclencher la responsabilité sans qu'il soit possible de faire sur ce point la distinction entre la faute contractuelle et la faute délictuelle en ce qui concerne leur appréciation.

Sans doute la faute apparaît-elle généralement mieux caractérisée lorsqu'elle consiste en une violation de la loi ou des statuts qu'en une inobservation des règles de gestion. Mais cela tient plutôt à la détermination plus ou moins précise du contenu de l'obligation qui pèse sur les administrateurs ou gérants qu'à la différence de nature de la faute. Aucun texte, en effet, ne permet de fonder une telle distinction afin d'apprécier diffé-

(66) Mazeaud et Tunc, *Traité de la responsabilité*, op. cit., t. I, n^o 336 et s. ; R. Savatier, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, 2^e éd., 2 vol., Paris, 1951 ; H. Lalou, *Traité pratique de la responsabilité civile*, 6^e éd., par P. Azard, Paris, 1962 ; P. Esmein, *La responsabilité civile*, Cours de doctorat 1949-1950. Les cours de droit ; P. Esmein, *La faute et sa place dans la responsabilité civile*, *Rev. trim. dr. civ.* 1949, p. 481 et s.

remment le droit d'action en dommages-intérêts de la société ou des associés et celui des tiers (67).

La constatation des faits d'où on peut tirer l'existence de la faute appartient normalement au domaine exclusif des juges du fond mais la Cour de cassation exerce son contrôle sur l'appréciation quant à l'existence juridique de la faute (68).

On sait, d'autre part, que la distribution de dividendes fictifs constitue en elle-même une faute très grave dans la vie sociale, et les administrateurs ou gérants, investis de la mission de diriger l'exploitation sociale, manquent gravement à leur charge par toutes les négligences et imprudences qui sont susceptibles d'amoindrir le patrimoine social. Ainsi, l'absence même de toute mauvaise foi, si elle peut supprimer le caractère délictueux de cette distribution, laisse-t-elle cependant subsister la responsabilité civile en réparation du dommage causé par elle (69).

Le caractère juridique et l'existence même de la faute sont intimement liés au caractère plus ou moins précis de l'obligation qui pèse sur les administrateurs ou gérants de sociétés. La faute se présente ainsi comme un manquement à une obligation préexistante, manquement qui justifie d'après la loi la réparation s'il est générateur d'un dommage.

Mais, il est impossible de déterminer a priori, d'une façon exacte, dans quels cas il y aura faute, surtout lorsque l'obligation est aussi complexe que la détermination annuelle des bénéfices qui dépendent essentiellement de la conjoncture économique et de facteurs indéterminés et variables. Sur ce point, la notion de faute est essentiellement relative car la confection d'un bilan sincère et exact servant comme base à la distribution de dividendes est aussi relative (70).

On doit donc apprécier la faute eu égard à chaque espèce et compte tenu de la mission conférée, des difficultés que celle-ci comporte et aussi, pour apprécier avec exactitude la mesure de la responsabilité et le chiffre de la réparation qui incombe définitivement à chacun des administrateurs, des aptitudes de celui qui l'a assurée, du temps qu'il y devait normalement consacrer et des avantages moraux ou des rémunérations prévus à son profit.

Dès lors, la notion de la faute est en liaison étroite avec le mécanisme complexe de la société. Ce mécanisme détermine des obligations innombrables dont le détail et le contenu ne peuvent être précisés d'avance, mais seulement par les interprètes lorsqu'un cas délicat surgira.

(67) G. Coutellier, Contribution à l'étude de la responsabilité civile des administrateurs des sociétés anonymes, p. 86.

(68) Mazeaud et Tunc, t. III, n° 2208, p. 326 et s.; Cass. civ., 2 juill. 1901, D. 1903.1.169. V. aussi : G. Marty, La distinction du fait et du droit, thèse, Toulouse, 1929 ; G. Krafft, Du contrôle de la Cour de cassation sur les éléments de la responsabilité, thèse, Paris, 1942.

(69) Cass. civ., 5 janv. 1942, D.C. 1942, p. 62.

(70) Ripert et Roblot, t. I, n° 1445. V. G. Roche, De la relativité des bilans, ses causes et ses conséquences, Paris, 1932.

B. — *Le dommage.*

L'existence de la faute à elle seule ne pourrait suffire à justifier la responsabilité civile des organes de gestion et de contrôle si un préjudice (71) appréciable en argent n'était pas sa conséquence. Cette condition, résultant du droit commun, ne fait que distinguer essentiellement la responsabilité pénale et la responsabilité morale de la responsabilité civile.

Ainsi, pour qu'une condamnation puisse être prononcée contre ces organes qui distribuent ou laissent distribuer sans opposition des dividendes fictifs, faut-il que les inexactitudes du bilan, faisant ressortir un bénéfice fictif, aient porté préjudice soit à la société, soit aux associés, soit aux tiers.

Il en résulte que le juge, chargé d'apprécier le bienfondé d'une action en dommages-intérêts intentée contre les administrateurs, devra au préalable rechercher si, dans la réalité des choses, un dommage était causé par ces administrateurs au demandeur. A défaut d'un préjudice personnel, distinct de celui causé à la société, un actionnaire, par exemple, ne peut être admis à exercer à l'encontre des administrateurs une action purement individuelle (72) fondée sur l'article 1382 du Code civil auquel renvoie d'une façon générale l'article 44 de la loi de 1867.

Ainsi en serait-il notamment de l'action par laquelle des actionnaires réclament des dommages-intérêts aux administrateurs qui leur ont causé un préjudice en les déterminant, par des rapports mensongers, par un bilan frauduleux et par la proposition d'un dividende fictif, à souscrire une partie du capital social (73).

Quant à la société, celle-ci n'aura d'action que dans la mesure du préjudice subi, mais il importe peu que la réalisation de ce préjudice doive seulement se produire à l'avenir (74).

Enfin, la distribution de dividendes fictifs pourrait donner lieu à une action directe en responsabilité au profit des tiers auxquels cette distribution aurait été dommageable (75).

L'existence de ce préjudice est d'autant plus importante que c'est lui qui servira de base au montant de la condamnation. La réparation doit

(71) Mazeaud et Tunc, t. I, n^{os} 208 et s. ; Hamel et Lagarde, t. I, n^{os} 661 et s. ; Ripert et Roblot, t. I, n^o 1317 ; Pic et Kreher, t. II, n^o 3045 ; Houpin et Bosvieux, t. II, n^o 1070, p. 242.

(72) Cass. Req., 16 févr. 1909, D.P. 1913.1.188 ; V. Mazeaud, La lésion d'un « intérêt légitime juridiquement protégé », condition de la responsabilité civile, D. 1954, chron. p. 39 et s. ; L. Garaud, L'intérêt pour agir en justice. Contribution à la notion d'intérêt en droit positif, thèse, Poitiers 1959 ; Civ., 18 mai 1887, D.P. 1887.1.400 ; 3 mai 1892, D.P. 1892.1.568 ; Lyon, 7 juill. 1910, Journ. Soc. 1911, p. 407 ; 26 nov. 1930, *ibid.* 1921, p. 475.

(73) Cass. Req. 26 janv. 1910, Journ. Soc. 1910, p. 511 ; S. 1911.1.105.

(74) Cass. Req., 25 mai 1936, Gaz. Pal. 1936.2.309.

(75) Cass. Req., 3 févr. 1930, D.H. 1930.139.

correspondre, en effet, au dommage subi et le faire complètement disparaître. Dans chaque espèce, les tribunaux doivent donc s'efforcer de déterminer la mesure exacte du préjudice éprouvé par le demandeur, et cette appréciation n'est pas toujours facile à faire.

Les tribunaux se préoccupent d'adapter au mieux les dommages-intérêts au préjudice certain et non hypothétique (76), et ils ont toute latitude sur ce point. S'agissant, par exemple, des dommages-intérêts que l'actionnaire obtiendra personnellement en exerçant l'action individuelle, ils peuvent faire la distinction suivante :

1° si l'actionnaire a revendu ses actions, les dommages-intérêts pourront équivaloir à la différence entre le prix d'achat de ces actions et leur prix de vente (77).

2° s'il a conservé ses titres jusqu'à la faillite de la société, il peut obtenir le remboursement intégral des sommes correspondant au prix d'achat des titres (78).

Signalons enfin, que l'existence matérielle du préjudice et la fixation de son montant échappent au contrôle de la Cour de cassation.

C. — *Le lien de causalité.*

L'exigence d'un lien de causalité qui doit rattacher le dommage à la faute (79), dans le système de la responsabilité, constitue le troisième et dernier élément constitutif de l'obligation des organes sociaux de gestion et de contrôle de réparer le préjudice causé par la distribution de dividendes fictifs. La responsabilité de ces organes n'est engagée, en effet, qu'autant que le préjudice souffert est la conséquence directe et immédiate de leur faute.

La jurisprudence a eu très souvent l'occasion de faire appel à la relation de cause à effet entre la faute et le préjudice dans les espèces où des actionnaires ont été amenés à acheter leurs titres sur la foi de dividendes distribués ou même simplement annoncés. Dans tous ces cas, le rapport de causalité entre la faute et le préjudice oblige les actionnaires à prouver que ce sont les agissements des administrateurs ou gérants qui

(76) Cass. crim., 2 févr. 1950, *Juriscl. Sociétés*, t. VII, fasc. 148-2, p. 1, n° 141.

(77) Paris, 28 juin 1894, D.P. 1895.2.523.

(78) Paris, 24 déc. 1891, *Rev. Soc.* 1892, p. 63.

(79) V. Marty, *La relation de cause à effet comme condition de la responsabilité civile*, *Rev. trim. dr. civ.* 1939, p. 685 et s.; J. Favier, *La relation de cause à effet dans la responsabilité quasi-délictuelle*, thèse, Paris, 1951, *Dactyl*; F.-P. Benoit, *Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et en droit privé (problèmes de causalité et d'imputabilité)*, J.C.P. 1957.I.1351 *Req.*, 3 déc. 1883, S. 1885.I.97, note Labbé; Cass. crim., 8 mai 1903, *Journ. Soc.* 1903, p. 342; Cass. Req., 28 janv. 1908, D.P. 1909.I.453; Cass. crim., 4 avr. 1930, D.P. 1930.I.95.

les ont déterminés à faire partie de la société en achetant des titres. En tout cas, la condamnation manquerait de base légale si les juges du fond omettaient de se prononcer expressément sur le lien de causalité entre la faute et le dommage.

La Cour de cassation a eu à se prononcer récemment sur ce point. Il s'agissait en l'espèce d'un administrateur d'une société anonyme qui avait établi un faux bilan au vu duquel il avait distribué des dividendes fictifs. L'arrêt attaqué, constatant l'existence des créances compromises par une cause ayant pour origine la distribution de dividendes fictifs, avait condamné l'administrateur à payer le montant de ces créances déduction faite des sommes qui seraient réparties par le syndic. La Chambre criminelle de la Cour de cassation a cassé cet arrêt en ces termes :

« Attendu qu'un préjudice direct et actuel peut seul servir de base à une action en réparation du dommage causé par le délit ; ... mais, attendu qu'en omettant de déclarer que cette condamnation était prononcée à titre de dommages et intérêts, l'arrêt attaqué, qui ne précise d'ailleurs pas les circonstances desquelles il résulterait que le préjudice ainsi subi par la Société des travailleurs du bâtiment réunis, était la conséquence directe de l'infraction dont Delantel a été reconnu coupable, n'a pas justifié sa décision ; ... que, pour justifier cette décision, l'arrêt déclare que la « sécurité des fonds apportés par la Société du traitement des quinquas à la Banque Chapuis s'est trouvée compromise par une cause ayant pour origine la distribution de dividendes fictifs opérée sur le vu d'un bilan frauduleux » ; mais attendu que cette formule n'établit pas que le préjudice dont il a ainsi été accordé réparation était la conséquence du délit dont Delantel était reconnu coupable ; que dès lors, la décision n'est pas légalement justifiée » (80).

L'existence d'une relation de causalité entre la faute et le dommage est donc une condition essentielle de l'obligation de réparer mais elle est difficile à établir car, le plus souvent, une faute n'est pas la seule cause d'un préjudice. Il en est ainsi notamment dans le cas où il y a plusieurs coupables parmi lesquels il n'est pas rare de trouver la victime du dommage elle-même.

En effet, s'il y a plusieurs coupables, et qu'on arrive à établir que chacun a commis une faute, comment établir une proportion dans la causalité du dommage ?

En cette matière on rencontre généralement deux théories.

D'après l'une, il faut tenir compte de l'ordre chronologique des fautes. C'est la faute immédiate qui l'emportera. Mais on pourrait dire le contraire également, que c'est la plus ancienne.

(80) Cass. crim., 2 févr. 1950, *Jurisl. Sociétés*, t. VII, fasc. 148-2, n° 141, p. 1.

Dans un second système, on dit, quand il y a série de fautes, qu'elles sont interchangeable, c'est la théorie de l'équivalence des conditions. Si l'une quelconque des fautes a occasionné le dommage, son auteur peut répondre de tout le dommage. Il faudra donc condamner chacun de ceux qui ont commis une faute, la condamnation devant se partager également, « *pro parte virili* », entre chacun des coupables.

Mais, la jurisprudence, faute d'un critère précis semble-t-il, hésite à adopter telle ou telle théorie qui pourrait trancher d'une manière définitive le problème qui nous occupe ici. Il appartiendrait donc, dans chaque espèce, au juge de rechercher dans quelle mesure chacune des fautes a pu causer le dommage. Mais, comme cette recherche est difficile, les juges sont le plus souvent amenés à prendre comme base la gravité respective des fautes, qui leur permet de déterminer la plus ou moins grande responsabilité du dommage.

§ 2. — ATTRIBUTION DE L'ACTION

La jurisprudence a édifié sa théorie des actions judiciaires en général et particulièrement en matière de dividendes fictifs sur leur division, aujourd'hui classique, en action sociale et action individuelle.

C'est ainsi que la responsabilité des organes sociaux de gestion et de contrôle peut être mise en jeu, du fait de la distribution de dividendes fictifs :

1° soit par la société sous la forme de l'action sociale ;

2° soit par des actionnaires, personnellement lésés, sous la forme d'une action individuelle ;

3° soit enfin par les tiers, justifiant d'un préjudice en vertu d'un droit propre, sous la forme également d'une action individuelle.

La distribution de dividendes fictifs est donc susceptible de donner lieu soit à une action sociale, soit à une action individuelle, soit à ces deux actions concurremment (81).

Cependant, dans la pratique, la distinction entre l'action sociale et l'action individuelle est souvent très délicate lorsque l'action est intentée par un actionnaire ou un groupe d'actionnaires.

En effet, il n'est pas douteux que porter atteinte aux intérêts de la société, c'est en même temps léser les intérêts individuels des actionnaires. Ceux-ci, pris individuellement ou en groupe minoritaire ne peuvent être astreints de supporter les conséquences du refus de la majorité des

(81) Escarra et Rault, t. IV, n° 1579, p. 320 et s. ; Pic et Kreher, t. II, n° 3059.

actionnaires de mettre en jeu la responsabilité de tous ceux qui ont distribué des dividendes fictifs et ont de ce fait, amoindri le patrimoine social.

Dans ces conditions et dans le cas où la société refuse ou néglige d'intenter l'action sociale, n'y a-t-il pas lieu de reconnaître à l'actionnaire ou à un groupe d'actionnaires d'exercer l'action sociale ut singuli ? Mais comment alors distinguer cette action de l'action individuelle intentée par ces mêmes actionnaires ?

Nous allons prendre successivement ces trois actions — action sociale, action sociale ut singuli, action individuelle — et préciser, quant à leur attribution, les caractères propres à chacune d'elles.

A. — *Action sociale.*

Il convient d'établir, dès le début, une antithèse absolue (82) entre l'exercice de l'action sociale même par un actionnaire isolé et l'exercice de l'action individuelle. A cet égard, l'action sociale est l'action qui appartient à la société considérée comme une personne juridique indépendante de la personne de ses membres (83). Elle a pour but la protection du patrimoine social et, d'une façon générale, la protection des droits qui appartiennent à la société en vertu de la loi ou des statuts.

Cette action directe de la société se trouve, en ce qui concerne la société anonyme et la société à responsabilité limitée, mentionnée par les articles 44 de la loi de 1867 et 25 de la loi de 1925, articles qui sont conformes au droit commun applicable, dans tous les cas et notamment en matière de dividendes fictifs, à toutes les sociétés commerciales. Toute action en dommages-intérêts engagée au nom de la société contre les administrateurs responsables de la distribution de dividendes fictifs est, ainsi, une action sociale qui tend à faire condamner les administrateurs fautifs à reverser à la société les fonds dont elle s'est démunie injustement (84).

Ainsi, aucune condamnation n'intervient-elle jamais contre la société du fait de la distribution de dividendes fictifs parce que l'effet le plus direct d'une distribution pareille est de démunir la société d'une partie de ses disponibilités et de réduire d'autant son patrimoine (85).

C'est peut-être en raison de cette conséquence que l'action en dommages-inérêts intentée par la société contre ses organes de gestion et de contrôle, qui ont distribué ou laissé distribuer sans opposition des divi-

(82) V. Hamel et Lagarde, t. 1, n^{os} 662 et s.; Ripert et Roblot, t. 1, n^{os} 1324 et s.; Escarra, n^{os} 807 et s.

(83) Thaller, Sur l'action sociale et l'action individuelle, Ann. dr. com. 1913, p. 223 ; H. Decugis, L'action sociale et l'action individuelle, Journ. Soc. 1914, p. 337 et s.

(84) Paris, 2 déc. 1936, Journ. Soc. 1937, p. 569.

(85) Houpin et Bosvieux, t. II, n^o 1075, p. 253.

dendes fictifs, se rencontre en fait à l'époque de la liquidation de la société ou de sa faillite qui, le plus souvent, est causée par la distribution illégale et imprudente de ces dividendes fictifs.

« Faire l'historique du dividende fictif, écrit M. Copper-Royer dans sa note à propos de l'affaire « Léonard », c'est un voyage dans la martyrologie des sociétés au naufrage retentissant » (86).

L'action sociale appartient en principe à la société représentée par ses organes c'est-à-dire par le gérant ou le conseil d'administration dont les pouvoirs sont délégués, depuis la loi du 16 novembre 1940, au président-directeur général. Au cas où ces organes resteraient inactifs ce qui est à craindre puisqu'ils sont les auteurs des fautes, si ce n'est la faute d'un isolé désavoué par ses collègues, du président-directeur général, d'un administrateur directeur adjoint, ou d'un administrateur délégué temporaire du président, l'assemblée générale pourrait leur enjoindre d'intenter l'action et désigner (87), au besoin, pour l'exercer à leur place un commissaire ad litem ou procéder à un changement dans la composition du conseil ou de la direction.

Il en résulte que c'est l'assemblée générale qui, en définitive, décide sur l'opportunité d'agir (88) en responsabilité contre les organes de gestion et de contrôle.

Ajoutons que les créanciers sociaux, ayant subi un préjudice du fait de la distribution de dividendes fictifs, peuvent indépendamment du droit propre qu'ils tiennent des articles 44 de la loi de 1867 et 25 de la loi de 1925, intenter l'action sociale par voie oblique s'ils remplissent les conditions exigées par l'article 1166 du Code civil.

Si la société est dissoute et en état de liquidation, elle conserve sa personnalité juridique jusqu'à l'issue de la liquidation, par suite l'exercice de l'action sociale appartient au liquidateur (89).

Lorsque la société a été admise au bénéfice du règlement judiciaire (90), l'action est intentée par le conseil d'administration, président-directeur général, éventuellement, administrateur provisoire mais avec l'assistance de l'administrateur au règlement judiciaire.

(86) Copper-Royer, note sous Cass., 22 janv. 1937, Rev. sp. Soc. 1937, p. 584.

(87) Hamel et Lagarde, t. I, n° 662 et s.; Escarra et Rault, t. IV, n° 1583, p. 329 et s.

(88) Lyon-Caen et Renault, t. II, par Amiaud, p. 273, note 4; Houpin et Bosvieux, t. II, n° 1376; Rouen, 30 mars 1885, S. 1885.2.209; Contra: Escarra et Rault, t. IV, n° 1583, p. 329 et s.

(89) Cass., 7 janv. 1873, D. 1874.1.470; 21 juill. 1890, D. 1891.1.270; Civ., 25 nov. 1941, Gaz. Pal. 1942.1.80; Trib. com. Seine, 7 déc. 1942, Rev. Soc. 1944, p. 185.

(90) Décr. 20 mai 1955, art. 37, al. 2.

En cas de faillite de la société, l'action sociale appartient au syndic seul (91).

Sur ce point il importe de remarquer que l'action intentée par le syndic contre les administrateurs responsables de la distribution de dividendes fictifs ne constitue pas une action relative à la faillite (92) car la faute alléguée est antérieure à elle.

B. — *Action sociale ut singuli.*

L'actionnaire agissant à titre individuel peut, en vertu de l'article 17 de la loi de 1867, rendu applicable aux sociétés anonymes par l'article 39 de la même loi, exercer l'action sociale en responsabilité contre les administrateurs, gérants ou commissaires de surveillance. Ce texte qui organise la représentation en justice des actionnaires groupant un vingtième du capital social, autorise, en effet, chaque actionnaire à agir en son nom personnel, c'est-à-dire à exercer tout aussi bien l'action individuelle que l'action sociale *ut singuli*.

Cette action ne saurait d'aucune manière être confondue avec l'action individuelle au sens propre du mot. Elle n'est individualisée que quant à son exercice et non quant à son fondement, car l'actionnaire ne l'intente pas de son chef mais par voie dérivée comme représentant partiel de la société (93). En conséquence, si elle peut être exercée par les actionnaires, c'est à la condition que l'action sociale existe encore et qu'elle n'ait pas été éteinte du fait et de la volonté manifeste de la société (94). Il ne peut donc y avoir coexistence ni conflit entre les deux actions (95).

Il faut remarquer que l'action *ut singuli* servait primitivement à désigner par opposition à l'action *ut universi*, action sociale, l'action personnelle pouvant appartenir à l'actionnaire en raison d'un dommage à lui personnel.

Ce n'est que par l'arrêt de la Cour de Paris rendu le 30 juin 1883, dans lequel les termes figurent, que le nouveau sens de l'expression est adopté pour la première fois (96). Auparavant, le législateur, voulant faciliter aux actionnaires l'exercice de l'action sociale, avait fait fléchir la rigueur de la vieille maxime, « nul ne plaide par procureur » (art. 17, L. 24 juill. 1867 remplaçant l'art. 14, L. 17 juill. 1856).

(91) Escarra et Rault, t. IV, n° 1583, p. 330 ; Paris, 12 avr. 1943, J.C.P. 1944, n° 2534, note Bastian ; 26 févr. 1945, Gaz. Pal., 1945.1.89 ; 10 juill. 1946, Gaz. Pal. 1946.2.256.

(92) Cass. civ., 5 janv. 1942, S. 1943.1.21, D.C. 1942.62.

(93) Thaller, note sous Cass. civ. 26 nov. 1912, D.P. 1913.1.377.

(94) Lyon, 28 janv. 1890, D.P. 1892.2.33, note Boistel.

(95) Houpin et Bosvieux, t. II, n° 1369 ; Cass., 3 déc. 1883, D. 1884.1.339 ; Trib. Le Havre, 23 juill. 1912, Journ. trib. com. 1914, p. 577.

(96) Paris, 30 juin 1883, D.P. 1885.2.18.

Après des hésitations et, dans la doctrine, des controverses, la jurisprudence avait fini par admettre que les actionnaires, agissant individuellement ou groupés, pouvaient poursuivre les organes sociaux de gestion et de contrôle en invoquant leur part individuelle dans le préjudice social (97).

L'exercice de l'action sociale *ut singuli* est naturellement inhérente à la qualité d'actionnaire et se transmet par conséquent avec la possession du titre (98). Ce n'est, en effet, qu'en qualité de membre de la société que l'actionnaire possède éventuellement le droit de mettre en mouvement les actions appartenant à celle-ci et non sur un tort personnel dont il aurait à se plaindre.

D'autre part, les auteurs et les arrêts qui reconnaissent aux actionnaires le droit d'exercer *ut singuli* l'action sociale en limitent l'étendue à l'intérêt personnel et exclusif du demandeur qui doit ainsi en conclure en son propre nom pour la fraction du dommage social correspondant au nombre de ses actions ou parts.

Quel doit être le résultat d'une action sociale ainsi intentée par un demandeur agissant individuellement dans les limites de son intérêt ?

La nature même de cette action semble devoir nous indiquer les effets qu'elle doit produire quand elle est accueillie.

En effet, quelle que soit la personne qui exerce l'action sociale, que ce soit la société elle-même, un groupe d'actionnaires ou des associés agissant isolément, la société doit en recueillir le bénéfice. Le montant des condamnations prononcées contre les responsables de la distribution doit donc être versé dans la caisse sociale (99).

La jurisprudence, approuvée par quelques auteurs, paraît cependant consacrer plus généralement la thèse contraire (100). Elle se fonde sur ce que l'actionnaire n'agissant que dans la mesure de la part qu'il a dans la

(97) Hamel et Lagarde, t. I, n° 662, p. 792 ; Ripert et Roblot, t. I, n° 1326 et 1328 ; Escarra, n° 807 ; R. Lacan, L'action sociale *ut singuli*, Rev. Soc. 1946, p. 223 ; Paris, 16 avr. 1870, D. 1870.2.121 ; Cass., 7 mai 1872, D. 1872.1.233 ; 23 févr. 1885, S. 1885.1.337 ; 3 mai 1893, S. 1893.1.246 ; 30 mars 1909, Journ. Soc. 1909, p. 495 ; 23 juill. 1931, Journ. Soc. 1933, p. 15, note Decugis. V. aussi Cass. civ., 28 juin 1943, D. 1945.120, note signée J.P., Sem. Jur. 1944.II.2516, note Bastian ; Cass. com., 4 août 1952, S. 1953.1.98, J.C.P. 1952.II.7180, note Lescot.

(98) J. Perroud, De l'exercice des actions judiciaires par les actionnaires, n° 36, p. 28 et s.

(99) Hamel et Lagarde, t. I, n° 662, p. 793 ; Lacour et Bouteron, Précis de droit commercial, 3^e éd., t. I, n° 632 ; Houpin et Bosvieux, t. II, n° 1369 ; Lyon, 28 janv. 1890, D. 1892.2.33, note Boistel ; Paris, 22 mars 1911, S. 1912.2.65.

(100) Cass. Req., 6 août 1894, D. 1895.1.144, S. 1894.1.496 ; Cass. civ., 19 mars 1894, 2^e arrêt, S. 1896.1.260 ; Paris, 19 mai 1892, Journ. Soc. 1892, p. 565 ; Orléans, 27 févr. 1904, Journ. Soc. 1904, p. 304. — En ce sens : Décugis, Journ. Soc. 1906, p. 22 ; 1914, p. 341.

société, l'indemnité qu'il peut obtenir doit être réputée lui appartenir et lui être dès lors attribuée de façon exclusive.

Mais alors comment admettre qu'une action en responsabilité reste une action sociale, si elle aboutit à une condamnation dont s'enrichit le seul patrimoine privé d'un actionnaire ? Si l'on part de la véritable notion de l'action sociale, on doit admettre logiquement que les associés qui l'exercent ut singuli agissent dans le but de réparer, non pas le préjudice qu'ils ont personnellement à subir, mais celui souffert par la société. C'est la seule façon de rester d'accord avec les motifs sur lesquels la jurisprudence a fondé cette action sociale exercée ut singuli par les actionnaires.

Par ailleurs, l'actionnaire ne peut prétendre à une quote-part de l'actif qu'après la dissolution de la société et l'extinction du passif. Autoriser l'actionnaire exerçant l'action sociale ut singuli à recueillir les dommages-intérêts qui en sont la conséquence, c'est violer cette double règle.

Enfin, le sort de l'actionnaire ayant agi en justice contre les responsables de la distribution serait préférable à celui de ses coassociés, il toucherait sa part intégrale d'une créance sociale que ses coassociés ne recouvrent pas, ce qui serait contraire à la disposition formelle de l'article 1849 du Code civil.

Nous en concluons, en conséquence, que les actionnaires ne peuvent exercer individuellement l'action sociale en responsabilité que si les représentants légaux de la société négligent ou refusent de l'exercer, et qu'ils n'ont pas le droit, une fois l'action accueillie, de garder pour eux personnellement le montant de la condamnation obtenue. Ce montant devra donc être versé dans la caisse sociale et, en tout cas, affecté d'abord au paiement du passif de la société.

Toutefois, on s'est demandé si l'actionnaire, qui a intenté l'action sociale, peut prélever sur l'indemnité obtenue le remboursement des frais du procès.

En faveur de la solution affirmative, on pourrait invoquer l'injustice qu'il y aurait à laisser à la charge d'un associé les dépenses qui ont profité à tous.

Il a été cependant décidé que l'actionnaire, au cas où il obtient des dommages-intérêts, verse le montant de la condamnation dans la caisse sociale sans aucune imputation des frais de justice qui restent ainsi à la charge du demandeur (101).

L'exercice de l'action sociale ut singuli est impossible pour l'actionnaire ou le groupe d'actionnaires, représentant au moins un vingtième

(101) Lyon, 28 janv. 1890, S. 1893.2.52 ; en ce sens Thaller, note sous Cass. civ., 26 nov. 1912, précité. Contra : Wahl, note sous Paris, 22 mars 1911, D. 1912.2.353 ; Décugis, Journ. Soc. 1914, p. 337 et s.

du capital social, dans le cas où la société est en faillite, car, dans ce cas, le syndic seul a le droit de l'intenter ou d'y renoncer (102).

Enfin, tant que l'action sociale n'est pas éteinte, le droit pour les actionnaires d'exercer cette action à titre individuel subsiste pendant la liquidation qui suit la dissolution de la société (103).

C. — *Action individuelle.*

L'action individuelle et l'action sociale étant absolument distinctes dans leur fondement et leur origine, il est certain que l'exercice de cette dernière, même ut singuli, n'empêche pas l'exercice de l'action personnelle.

On sait, en effet, que si la distribution de dividendes fictifs donne ouverture au profit de la société à l'action sociale, elle peut aussi concurremment servir de fondement à une action individuelle. Ce ne sera plus la société en tant que personne morale qui mettra en jeu la responsabilité civile contre les organes sociaux de gestion et de contrôle, mais ce sera tout actionnaire pris individuellement ou toute autre personne qui aura subi un préjudice personnel et direct de ce chef.

Cette action directe et individuelle se trouve, en ce qui concerne la société anonyme et la société à responsabilité limitée, mentionnée en même temps que l'action sociale dans les articles 44 de la loi de 1867 et 25 de la loi de 1925 qui sont, comme nous avons souligné, conformes au droit commun applicable à toutes les sociétés.

Ainsi, les administrateurs, gérants ou conseillers de surveillance sont-ils tenus, en vertu des articles 1382 et 1383 du Code civil, envers les tiers toutes les fois qu'ils ont commis une faute ou une négligence notamment en distribuant ou laissant distribuer sans opposition des dividendes fictifs ; et parmi les tiers, il faut entendre non seulement les créanciers sociaux, mais encore les actionnaires (104).

Il va de soi, en effet, que ceux-ci s'ils invoquent un préjudice personnel particulier, distinct de celui ayant atteint la société, peuvent disposer d'actions comme les tiers. (105). Il en est ainsi notamment lorsqu'ils demandent le remboursement du prix des actions qu'ils ont ache-

(102) Paris, 10 juill. 1946, Gaz. Pal. 1946.2.256.

(103) Cass. Req., 6 août 1894, S. 1894.1.496.

(104) Ripert et Roblot, t. I, n° 1327, p. 622 et s.; C. Giverdon, L'action individuelle des membres d'un groupement, J.C.P. 1955.1.1244.

(105) V. C. Castier, Des actions individuelles et des actions sociales appartenant aux actionnaires dans les sociétés par actions, thèse, Lille 1929.

tées ou souscrites sur le vu d'un bilan erroné qui a servi comme base de distribution aux actionnaires de dividendes fictifs (106).

De telles distributions jouent un rôle considérable pour déterminer les souscriptions ou maintenir la confiance à tous ceux qui, avant de devenir actionnaires ou souscrire à une augmentation du capital, s'intéressent, surtout, du seul point de vue de savoir quel est le dividende rapporté par les titres.

Mais ce dividende qui ne correspond point à des bénéfices réels constitue un double danger aussi bien pour les créanciers qui se trouvent ainsi privés d'une partie de leur gage que constitue le patrimoine social, que pour les actionnaires qui, attirés par les bénéfices annoncés, s'engagent envers la société au risque d'en subir les conséquences de sa faillite.

L'actionnaire qui intente l'action individuelle contre les administrateurs ou gérants de sociétés doit établir qu'il a acquis ses actions postérieurement à la distribution de dividendes fictifs et que le prix d'achat de ces actions a été déterminé par la distribution incriminée et, par conséquent, ne correspond pas à la valeur réelle du titre (107).

La responsabilité peut être engagée, non seulement envers les actionnaires qui sont entrés postérieurement à la distribution mais aussi au regard des actionnaires antérieurs si ceux-ci ont subi un dommage notamment en étant contraints de rapporter à la société les dividendes indûment touchés (108).

D'autre part, les tiers peuvent intenter une action en dommages-intérêts toutes les fois où la distribution de dividendes fictifs leur aurait été dommageable par la diminution du patrimoine social et, en conséquence, pour perte de leur gage (109).

L'action n'est pas recevable de la part de ceux qui connaissaient le mauvais état des affaires sociales et qui ont néanmoins acheté leurs titres ou consenti la créance (110).

(106) Cass., 7 mai 1872, D. 1872.1.233 ; Cass. Req., 26 janv. 1910, D.P. 1913.1.188 ; Lyon, 17 août 1865, S. 1866.2.231 ; Paris, 16 avr. 1870, D.1870.2.121 ; 30 mai 1892, Rev. Soc. 1892, p. 405 ; 13 juill. 1892, Rev. Soc. 1893, p. 223 ; Orléans, 4 juill. 1893, Journ. Soc. 1894, p. 9 ; Besançon, 1^{er} févr. 1895, Journ. Soc. 1895, p. 354 ; 17 mars 1897, Journ. Soc. 1897, p. 400 ; Trib. Seine, 2 déc. 1891, Journ. Soc. 1892, p. 544 ; 8 juin 1894, Journ. Soc. 1895, p. 87 ; 6 mars 1895, Journ. Soc. 1895, p. 360 ; 19 févr. 1897, Journ. Soc. 1897, p. 231.

(107) Paris, 5 août 1890, D.P. 1893.1.50 ; Rennes, 27 nov. 1913, Journ. Soc. 1914, p. 361.

(108) Bourges, 21 août 1871, D.P. 1873.234.

(109) Cass. Req., 3 févr. 1930, D.H. 1930.139.

(110) Cass. civ., 10 nov. 1884, D.P. 1885.1.433 ; 29 mars 1886, D.P. 1887.1.480 ; Paris, 5 août 1890, D.P. 1893.1.50, note Sarrut ; 30 mai 1892, D.P. 1893.2.429 ; 19 mars 1895, Rev. Soc. 1895, p. 280 ; 7 janv. 1898, Journ. Soc. 1898, p. 175.

Seul l'actionnaire ou le tiers a la qualité pour exercer l'action individuelle à l'exclusion des représentants légaux de sociétés. Ceux-ci sont par contre responsables du préjudice et doivent être condamnés aux dommages-intérêts (III).

§ 3. — CRITÈRE DE DISTINCTION DES ACTIONS

Lorsque la responsabilité des organes sociaux de gestion et de contrôle est mise en jeu du fait de la distribution de dividendes fictifs, la question se pose de savoir si l'action intentée de ce chef présente le caractère d'une action individuelle ou d'une action sociale.

En effet, la responsabilité de ces organes peut être mise en jeu soit par la société, l'actionnaire ou un groupe d'actionnaires exerçant l'action sociale, soit par des créanciers sociaux ou des actionnaires isolés exerçant l'action individuelle qui leur appartient personnellement. En outre, les créanciers sociaux peuvent, en vertu de l'article 1166 du Code civil, exercer l'action sociale par voie oblique. L'établissement d'un critère permettant de distinguer l'action sociale de l'action individuelle constitue ainsi un problème très complexe car le même fait est préjudiciable aussi bien aux créanciers sociaux qu'aux actionnaires et à la société prise dans sa personnalité propre.

A cet égard, la loi n'a pas défini, dans des textes limitatifs ou même indicatifs, les traits caractéristiques à partir desquels on pourrait construire un critère distinctif des deux actions, et la Cour de cassation a évité de son côté de poser des principes absolus, et n'a rendu que des décisions d'espèces.

Quel est alors le véritable critère de la distinction à établir entre l'action individuelle et l'action sociale ?

On peut ramener les principales théories émises sur ce point à deux groupes :

l'un prend en considération l'objet et l'étendue du dommage dont il s'agit de demander réparation ;

l'autre fait résider le critère véritable de différenciation de l'action sociale et de l'action individuelle uniquement dans leur fondement ou leur cause.

A. — Critère tiré de la cause de l'obligation.

D'après ce système, le critère de distinction des deux actions réside non pas dans le nombre des parties intéressées ou dans le caractère indi-

(111) Trib. Seine, 16 sept. 1889, Rev. Soc. 1890, p. 47.

viduel ou collectif du préjudice servant de base à l'action, mais uniquement dans la cause de l'obligation (112):

s'agit-il de mettre en jeu la responsabilité contractuelle des organes sociaux et d'exercer contre eux l'action fondée sur le mandat qui les lie avec la personne morale de la société ? L'action est sociale même quand un actionnaire ou un groupe d'actionnaires l'exerce ut singuli ;

s'agit-il, au contraire, d'un fait délictuel ? L'action en dommages-intérêts née de ce délit ou quasi-délit est une action individuelle même si le préjudice est égal pour tous les actionnaires.

L'action sociale aurait donc pour objet la réparation du préjudice causé par une faute contractuelle, l'action individuelle, la réparation du préjudice causé par une faute délictuelle ou quasi-délictuelle (113).

La Cour de cassation, par son arrêt du 26 novembre 1912, en donnant comme l'un de ses motifs à l'appui de la reconnaissance d'une action individuelle en réparation au profit des actionnaires, que leur action est basée non sur une faute contractuelle de l'administrateur dans l'exécution de son mandat, mais sur des manœuvres frauduleuses constituant des infractions aux lois et aux statuts, a paru à certains égards faire application de ce système (114).

Pour les faits complexes constituant à la fois une violation du mandat et une violation des articles 1382 et 1383 du Code civil, on donnera toujours, d'après la même théorie, indépendamment de l'action sociale, autant d'actions individuelles qu'il y aura d'intéressés à la réparation du dommage causé même par une violation des règles statutaires.

Sur ce point M. Chéron écrit :

« Y a-t-il, en outre, un délit ou quasi-délit, dont soient victimes une partie ou même la totalité des actionnaires, ou une violation des statuts, dont chaque actionnaire a individuellement le droit d'exiger le respect tant qu'ils n'ont pas été modifiés par une assemblée générale extraordinaire, alors, à côté de l'action sociale appartenant à la société, prend naissance une action individuelle indépendante. » (115)

Mais, dans tous les cas où la faute imputée aux organes sociaux a des conséquences complexes, comme c'est le cas de distribution de dividendes fictifs, aucun critère n'est fourni par ce système permettant de se prononcer sur le caractère social ou individuel de l'action.

(112) Lacour et Bouteron, t. I, n° 633 ; Pic, notes D. 1893.2.249 et D. 1930.2.121 ; Thaller, note D. 1913.1.377 ; V. Cass. Req., 7 mai 1872, D. 1872.1.233 ; 21 juin 1881, D. 1881.1.465 ; 3 déc. 1883, D. 1884.1.339 ; Cass. civ., 28 juin 1943, D. 1945.120.

(113) Thaller, notes D.P. 1886.2.136 et précitée.

(114) Cass. civ., 26 nov. 1912, D.P. 1913.1.377 ; V. aussi Cass. crim., 26 janv. 1938, S. 1939.1.49 ; Paris, 20 mars 1901, Rev. Soc. 1901, p. 331 ; Trib. com. Seine, 6 mai 1920, Journ. Soc. 1921, p. 462, note Vienot.

(115) Chéron, note, D.P. 1912.1.522.

D'ailleurs, l'impossibilité de délimiter nettement en matière de dividendes fictifs les frontières des responsabilités délictuelle et contractuelle rend inefficace toute application du critère fondé sur le caractère et le fondement de l'obligation. Cela nous amène à envisager une autre solution qui pourrait être applicable en notre matière.

B. — Critère dans l'objet et l'étendue du dommage.

Dans ce second système, auquel s'attache la jurisprudence, et qui a été élaboré par une bonne partie de la doctrine, les auteurs et les arrêts qui l'appliquent posent en principe que la distinction entre l'action sociale et l'action individuelle a pour base, non la cause et le fondement de l'obligation, mais l'objet et l'étendue du dommage souffert par le demandeur (116).

En effet, l'action sociale est, comme son nom l'indique, l'action qui a comme but la réparation du dommage qui atteint la société tout entière, dans sa personnalité juridique propre, et qui tend au maintien ou à la reconstitution du patrimoine social que la distribution de dividendes fictifs avait illégalement réduit. L'action individuelle, au contraire, a pour but la réparation d'un dommage personnel à chacun des actionnaires ou à chacun des créanciers sociaux indépendant de celui souffert par la société.

Par conséquent, quelle que soit la nature de l'obligation qui pèse sur les organes sociaux de gestion et de contrôle, la nature de la demande ne peut dépendre du fondement de l'action, car elle est uniquement fonction du but poursuivi par le demandeur. C'est l'objet de la demande et les fins de l'assignation qui confèrent, en effet, à l'action le caractère d'une action individuelle ou d'une action sociale.

Ainsi, tous ceux qui sont en mesure de prouver que la distribution de dividendes fictifs leur a porté préjudice, leur faisant croire à une prospérité inexistante et les entraînant à faire confiance à la société, peuvent-ils exercer une action individuelle en dommages-intérêts contre les organes sociaux qui ont distribué ou laissé distribuer ces dividendes.

Il importe de remarquer que la personne du demandeur, lorsque celui-ci est un tiers, rend inutile toute discussion sur le critère de distinction des actions car il suffit que ce tiers déclare qu'il agit non pas par voie oblique mais en raison du dommage qui lui est propre pour que l'action soit individuelle. Il en est de même lorsque l'action en responsabilité

(116) Hamel et Lagarde, t. I, n° 663 ; Ripert et Roblot, t. I, n° 1329, p. 623 et s. ; Lyon-Caen et Renault, t. II, par Amiaud, n° 827 ; Lescot, note, S. 1931.1.137 ; Rousseau, note, S. 1935.1.89 ; Cass. civ., 20 déc. 1911, D. 1913.1.33, note Cheron ; 22 oct. 1912, D. 1913.1.177, note Cheron ; Trib. com. Lyon, 31 janv. 1888, confirmé par l'arrêt de la Cour de Lyon du 28 janv. 1890, D. 1892.2.33, note Boistel.

est intentée par les représentants légaux de la société ; il ne fait pas de doute que dans cette hypothèse, l'action est sociale.

Par conséquent, la distinction entre l'action sociale et l'action individuelle, fondée sur l'étendue et l'objet du dommage, ne devrait intéresser que les actions intentées par un actionnaire ou un groupe d'actionnaires. C'est là qu'on doit puiser les éléments de la solution que nous recherchons.

L'action individuelle au sens propre du mot a toujours pour objet la réparation du dommage causé au patrimoine personnel de l'actionnaire d'une façon directe et non comme conséquence indirecte du préjudice subi par la société (117).

Par contre, l'action sociale est l'action qui intéresse le patrimoine social et qui appartient à la société considérée comme personne juridique distincte même de l'universalité des associés.

Ce n'est pas, en effet, parce que le préjudice est le même pour tous qu'une action devienne sociale comme le laisse entendre la formule souvent employée par la jurisprudence (118). Même si le préjudice atteint non seulement un ou plusieurs mais l'ensemble des actionnaires, l'action peut bien être individuelle (119), car ce n'est pas l'universalité des membres d'une société qui donne à celle-ci la personnalité morale (120).

Il conviendrait donc, pour éviter toute difficulté théorique et pratique, de substituer à l'étendue du dommage, l'objet du dommage servant comme base à l'action en dommages-intérêts. Il serait, ainsi, sociale l'action qui tend à protéger ou à reconstituer le patrimoine social, et individuelle celle qui a comme but la réparation d'un préjudice ayant atteint les actionnaires ou les créanciers ou certains d'entre eux directement dans leur patrimoine individuel (121).

La jurisprudence semble s'attacher, pour caractériser l'action à l'étendue du dommage. Elle qualifie comme sociale l'action, si le préjudice atteint la collectivité des actionnaires, et individuelle, si certains d'entre eux sont victimes des fautes des organes sociaux.

(117) Décugis, *Journ. Soc.* 1914, p. 395.

(118) Cass. Req., 16 janv. 1909, D.P. 1913.1.188 ; 26 janv. 1910, S. 1911.1.105, D.P. 1913.1.188 ; Lyon, 28 janv. 1890, D.P. 1892.2.33 ; Paris, 5 déc. 1925, *Journ. Soc.* 1926, p. 668 ; 2 déc. 1936, *Journ. Soc.* 1937, p. 659.

(119) Cass., 26 nov. 1912, D.P. 1913.1.377.

(120) Ripert et Roblot, t. I, n^{os} 666 et s. ; Pic et Kreher, t. I, n^{os} 161 et s. ; V. Hamel, *La personnalité morale et ses limites*, D. 1949, chron., p. 141 ; J. Valéry, *Comment s'est formée la théorie de la personnalité des sociétés commerciales*, in *Mélanges Gény*, t. I, p. 100 ; Comp. Cass. Req., 30 oct. 1945, D. 1946.1.93, S. 1947.1.45, note Plaisant.

(121) Bourcart, note sous Cass. 8 juill. 1919, S. 1921.1.257 ; Décugis *Journ. Soc.* 1914, p. 391.

SECTION III. — REPARATION DU DOMMAGE CAUSE PAR LA DISTRIBUTION
DE DIVIDENDES FICTIFS

Nous avons vu précédemment que toute distribution de dividendes fictifs est de nature à engager, dans la mesure du préjudice qui en résulte, la responsabilité civile des organes sociaux de gestion et de contrôle envers la société, les tiers et les actionnaires.

Chaque fois que l'auteur de la faute refuse de réparer volontairement le dommage qu'il a causé, la responsabilité a pour effet de donner naissance à une action et de contraindre judiciairement l'auteur de la faute à réparer le dommage par le versement d'une somme d'argent.

C'est cette action en réparation qu'il nous faut maintenant étudier dans son exercice, pour déterminer ensuite, une fois déclarée recevable, ses résultats.

§ I. — L'EXERCICE DE L'ACTION

La première manière d'envisager l'exercice de l'action en responsabilité consiste à poser la question, que le juge, saisi de la demande, doit résoudre, si le demandeur a bien le droit d'agir en justice. Il nous a paru cependant préférable, en raison de problèmes particuliers que soulève cette question en matière de sociétés commerciales, de l'étudier, comme nous l'avons fait, séparément et en dehors de toute préoccupation relative à l'exercice de l'action.

Aussi est-il possible d'envisager le droit d'action en responsabilité du point de vue non de son titulaire mais de son exercice devant le tribunal compétent, contre les personnes légalement tenues à la réparation, et avant toute prescription, c'est-à-dire avant extinction par l'écoulement du temps.

A. — *L'exercice dans le temps.*

Le législateur ayant placé la responsabilité civile des organes sociaux de gestion et de contrôle dans le cadre du droit commun, on doit bien admettre, en principe, que les actions exercées du fait de la distribution de dividendes fictifs sont soumises à la prescription de 30 ans à moins que la loi n'établisse pour elles une prescription plus courte (122). C'est de cette incertitude qu'est né, semble-t-il, le quitus qui, normale-

(122) Hamel et Lagarde, t. I, n° 664 ; Ripert et Roblot, t. I, n° 1331 et s.

ment, a comme effet juridique d'atténuer ce que la durée de cette prescription pouvait avoir de rigoureux pour ces organes.

Sans doute, la distribution de dividendes fictifs constitue-t-elle en outre un délit passible des peines de l'escroquerie, et l'action civile, en vertu de l'article 8 du Code de la procédure pénale remplaçant l'article 638 du Code d'instruction criminelle, se prescrit en même temps que l'action publique.

Mais il serait inexact de confondre absolument l'action en réparation du dommage causé par une distribution de dividendes fictifs effectuée en violation des articles 44 de la loi de 1867 et 25 de la loi de 1925 qui, au demeurant, ne sont que l'application du droit commun, avec l'action civile née du délit correctionnel de distribution de dividendes fictifs. Les prescriptions pénales édictées par les articles 7, 8 et 9 du Code de procédure pénale, remplaçant les articles 637, 638 et 640 du Code d'instruction criminelle, s'appliquent aux actions civiles ayant exclusivement pour base un crime, un délit ou une contravention. Il en est tout autrement s'il s'agit d'une action qui, en dehors d'une infraction pénale, a son principe dans une disposition du Code civil ou des lois sur les sociétés.

Cependant, il y avait là cette conséquence injuste, mais légale, que l'auteur du délit de distribution de dividendes fictifs se trouvait placé au point de vue de la prescription de sa responsabilité civile dans une situation beaucoup plus favorable que s'il n'avait pas violé la loi pénale et restait seulement civilement tenu. Cela deviendrait possible du fait que le délit de distribution de dividendes fictifs présuppose la fraude tandis que l'action en responsabilité civile résultant d'une distribution pareille serait recevable même dans le cas d'une faute légère, et dans cette hypothèse, l'action serait soumise à la prescription trentenaire (123).

Le législateur a voulu, par l'article 4 du décret du 31 août 1937, mettre fin à cette anomalie en réduisant, dans tous les cas, la durée de la prescription de l'action en responsabilité à trois années ou à dix ans.

En effet, l'article 17, alinéa 4 de la loi du 24 juillet 1867, complété par l'article 4 du décret du 31 août 1937 dispose :

« Les actions en responsabilité contre les gérants ou les membres du conseil de surveillance sont prescrites par trois années à compter de la date à laquelle se sont produits les faits pouvant donner ouverture aux dites actions alors même que ceux-ci ne seraient pas constitutifs d'infractions à la loi pénale. Toutefois, si ces faits sont qualifiés crimes, la prescription demeure fixée à dix ans ».

La mise en application de cette prescription triennale a toutefois causé dans la pratique de nombreuses difficultés d'interprétation. On a

(123) Cass. civ., 5 janv. 1942, D.C. 1942.62.

discuté et on discute encore, car la question semble être délicate, quelles sont les actions visées par ce texte (124).

La Cour de cassation statuant pour la première fois sur le point de savoir si la prescription abrégée s'applique aux seules actions sociales ou si, au contraire, elle vise toutes les actions, quelle que soit la qualité du demandeur à l'action, s'est prononcée, en s'appuyant sur la généralité des termes de l'article 17 alinéa 4, rendu applicable aux sociétés anonymes par l'article 39 de la loi de 1867, pour l'interprétation la plus compréhensive et refuse de distinguer entre l'action sociale et l'action individuelle (125).

Que les fautes commises par les organes sociaux de gestion et de contrôle présentent ou non un caractère délictueux, toutes les actions exercées contre eux du fait de la distribution de dividendes fictifs sont désormais soumises à la prescription triennale. Il serait, en effet, absurde de maintenir une prescription plus longue pour l'action en réparation consécutive à une faute moins grave et, par conséquent, non sanctionnée par la loi pénale (126).

Il faut noter enfin qu'un délai spécial d'un an est prévu, par l'alinéa 5 de l'article 17, pour l'action sociale lorsque les faits ou circonstances donnant lieu à l'action ont été portés à la connaissance de l'assemblée générale des actionnaires. Il est nécessaire, pour que ce délai préfix (127) — le texte parle de forclusion et non de courte prescription — puisse être invoqué, que le fait constituant la faute soit révélé à l'assemblée par un rapport des gérants ou du conseil d'administration ou, encore, des commissaires aux comptes.

B. — *Compétence.*

Les actions en responsabilité dirigées contre les organes sociaux de gestion et de contrôle du fait de la distribution de dividendes fictifs

(124) V. Solus, La réforme du droit des sociétés par les décrets-lois de 1935 et 1937, n° 191, p. 161 ; et notes sous Paris, 25 févr. 1943, J.C.P. 1943. II.2327 ; Cass. com., 20 janv. 1948, J.C.P. 1948.1.4510 ;

J. Guery, Prescription de l'action civile en responsabilité des administrateurs des sociétés anonymes, thèse, Paris, 1946, dactyl.

(125) Cass. com., 20 janv. 1948, S. 1948.1.153, note Sinay, Rev. Soc. 1948, p. 405, note Ripert, Rev. trim. dr. com. 1948, p. 443, obs. J. Rault. En ce sens : P. Cordonnier, Des nouveaux délais limitant l'exercice de l'action en responsabilité contre les administrateurs, Journ. Soc. 1939, p. 257 et s. ; J. Tchernoff, Le décret-loi du 31 août 1937 et la responsabilité des administrateurs des sociétés anonymes, D.H. 1938, p. 5 et s. ; A. Dalsace, L'unification de la prescription de l'action en responsabilité contre les gérants et administrateurs des sociétés par actions, Rev. Soc. 1950, p. 1 et s. ; A. Peytel, La responsabilité des administrateurs et la prescription triennale, Gaz. Pal. 1949. II. Doctr. p. 57 ; Contra : Solus, La réforme du droit des sociétés, op. cit., N° 196 et s. ; et notes précitées.

(126) Hamel et Lagarde, t. I, n° 664, p. 795.

(127) Escarra et Rault, t. IV, n° 1633 et s. ; Hamel et Lagarde, t. I, n° 664 ; Lyon, 24 juin 1954, Rev. trim. dr. com. 1955, p. 850.

rentrent, en principe, dans la compétence des tribunaux de commerce (128).

Certes, ces organes ne deviennent pas commerçants par cela seul qu'ils acceptent leurs fonctions. Mais les contestations de cette nature sont des contestations qui se produisent entre associés dans une société commerciale et, par conséquent, sont soumises à la disposition impérative de l'article 361 - 2° du Code de commerce.

D'ailleurs, cette solution est parfaitement justifiée en notre matière car, en application de la théorie de l'accessoire, les délits ou quasi-délits aussi intimement liés, comme la distribution de dividendes fictifs, à l'activité commerciale, ne peuvent être que de caractère commercial et, par conséquent, du ressort exclusif des tribunaux consulaires (129). Il en est ainsi non seulement lorsque les associés exercent l'action sociale ut singuli mais aussi dans le cas où la poursuite est engagée par les représentants légaux de la société. On est donc ici dans un débat absolument commercial ; la qualité des parties, les actes accomplis, la matière en question se réunissent, ainsi, pour justifier la compétence de juridiction consulaire et l'application des principes du droit commercial.

Il n'en saurait être autrement que si les responsables de la distribution, au lieu d'être assignés par la société ou les actionnaires, étaient assignés par les créanciers sociaux. Dans ce cas, l'action en responsabilité pourrait être portée par les créanciers soit devant le tribunal de commerce, soit devant le tribunal civil (130).

En effet, si l'action est exercée par les tiers, créanciers, obligataires, acheteurs d'actions agissant en leur propre nom, les raisons de décider ne sont plus les mêmes. Il ne s'agit point ici d'obligations entre associés et l'acte à popos duquel il y a eu préjudice, à savoir la distribution de dividendes fictifs, n'est pas un acte de commerce, en vertu de la théorie de l'accessoire, pour le demandeur. Celui-ci n'est plus lié par les mêmes principes de droit et il peut, à son choix saisir de son procès la juridiction civile ou la juridiction commerciale.

Il doit en être autrement au cas de faillite, lorsqu'en raison de la suspension du droit de poursuites individuelles, c'est le syndic représentant la masse des créanciers qui exerce leur action en responsabilité, le tribunal de commerce est alors compétent (131).

(128) Becquey, *La distribution de dividendes fictifs*, n° 272, p. 190.

(129) V. C. Giverdon, *Les délits et quasi-délits commis par un commerçant dans l'exercice de son commerce*, *Rev. trim. dr. com.* 1953, p. 855 et s.

(130) Pic et Kreher, t. I, n°s 344 et s. ; Lacour et Bouteron, t. I, n° 174, p. 152 ; Mazeaud et Tunc, t. III, n° 2021, p. 98 ; Cass. Req., 17 oct. 1922, D. 1923.1.187 ; Paris, 21 mai 1931, S. 1931.2.209 ; Lyon, 14 févr. 1913, S. 1913.2.209, note Perroud.

(131) V. Lacour et Bouteron, t. II, n°s 1844 et s.

Lorsqu'on a déterminé la compétence *ratione materiae*, il devient facile de savoir à quel tribunal on doit s'adresser *ratione personae*. L'hésitation a pu exister au sujet de la nature commerciale ou civile de l'action. Une fois cette nature précisée, il n'y a plus qu'à appliquer les règles du droit commun.

C'est ainsi que nous dirons, en appliquant l'article 59 du Code de procédure civile, que l'action sociale doit être nécessairement portée devant le tribunal de commerce du lieu où siège la société (132), quels que soient la qualité du demandeur, la base de l'action ou le but poursuivi. Par contre, les actions individuelles relevant du droit civil, devront être portées devant le tribunal du domicile du défendeur et la jurisprudence interprète très restrictivement les clauses attributives de compétence générale au tribunal du siège (133).

La compétence normale des tribunaux civils et consulaires n'empêche pas, cependant, celle du tribunal correctionnel pour l'action civile lorsque la poursuite pénale est engagée (134). Mais il ne s'agit là que d'une compétence facultative et les organes civilement responsables assignés devant le tribunal de commerce ou civil, en réparation de faits délictueux, ne seraient pas fondés à soutenir que l'action, dérivant d'un délit, les rend justiciables du tribunal correctionnel.

Le choix qui appartient ainsi à la victime, entre le tribunal civil normalement compétent, et le tribunal répressif, dont la compétence n'est malgré tout qu'exceptionnelle, puisqu'il s'agit d'un problème de réparation, résulte de l'article 3 du Code de procédure pénale. Et lorsque la partie lésée a choisi entre la voie civile et la voie criminelle, son option est en principe définitive et irrévocable (135) (art. 5 C. proc. pén.).

Il faut cependant préciser à cet égard que l'option ne doit être considérée comme irrévocable que lorsque la partie lésée a d'abord choisi la voie civile. Il en est différemment dans le cas contraire.

Cette solution admise par la jurisprudence antérieure au code de procédure pénale résulte désormais tant du silence de l'article 5 du nouveau Code que de la disposition de l'article 426 du Code de procédure pénale.

(132) Cass. civ., 22 oct. 1912, D.P. 1913.1.177, note Cheron ; Cass. Req., 17 oct. 1922, D.P. 1923.1.187.

(133) Hamel et Lagarde, t. I, n° 665, p. 798 ; Mazeaud et Tunc, t. III, N° 2065 et s. ; Lyon, 14 févr. 1913, S. 1913.2.209.

(134) Escarra et Rault, t. IV, n° 1615, p. 370 et s. ; V. Magnol, De la compétence des juridictions répressives pour connaître de l'action civile et des conditions de recevabilité de cette action devant ces juridictions, in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle*, op. cit., t. II, p. 208 et s. ; J. Garnier, La partie civile au procès pénal, Rev. sc. crim. 1958, p. 1 et s.

(135) V. Stefani et Levasseur, Procédure pénale, n° 177, p. 176 ; M. Patin, L'action civile devant les tribunaux répressifs, Rev. Gén. des lois, 1957, p. 8 ;

C. Freyria, L'application en jurisprudence de la règle « *electa una via* », Rev. sc. crim. 1951, p. 213.

C. — *Personnes responsables.*

Toute distribution de dividendes fictifs étant de nature à mettre en jeu l'action en responsabilité civile, il est nécessaire de déterminer maintenant les personnes qui peuvent être mises en cause par les victimes de cette distribution.

L'action en responsabilité, qu'elle soit exercée par la société, par les créanciers sociaux ou par les actionnaires agissant isolément ou groupés, peut être dirigée, en vertu de l'article 17, alinéa 1, de la loi de 1867, contre tous les organes sociaux de gestion et de contrôle : gérants, administrateurs, président-directeur général, conseil de surveillance et commissaires aux comptes.

Au cas où la responsabilité civile du conseil d'administration tout entier se trouverait engagée, ce qui est de règle en matière de distribution de dividendes fictifs, chacun des administrateurs doit être personnellement assigné. Le juge devra, donc, examiner séparément la conduite et le degré de culpabilité des administrateurs, et le demandeur ne saurait se borner à mettre en cause le conseil car, bien que celui-ci soit l'organe collectif de gestion de la société, il n'est pas doté de la personnalité juridique (136).

Le président du conseil d'administration assumait rarement, avant la loi du 4 mars 1943, la direction qui, en pratique, était assurée par un administrateur délégué ou par un directeur général. La direction générale de la société est assurée maintenant par le président qui, nommé par le conseil parmi ses membres, est responsable (137) des fautes qu'il a commises soit en qualité de président du conseil d'administration, soit en tant qu'administrateur ou directeur général.

En outre, le président pourrait être déclaré responsable des fautes commises par le directeur général qui lui aurait été adjoint par le conseil sur sa proposition (art. 2, al. 1, L. 16 nov. 1940) ou des fautes commises par l'administrateur auquel il aurait délégué temporairement ses fonctions en commettant une faute de choix (138) (art. 4, al. 4, L. 16 nov. 1940).

Cette responsabilité accrue du président-directeur général n'exclut pas nécessairement celle des membres du conseil d'administration ou de l'ad-

(136) Hamel et Lagarde, t. I, n° 661, p. 789 et s. ; Escarra et Rault, t. IV, n° 1597, p. 342 ; Mazeaud et Tunc, t. II, n° 1998, p. 966 et s.

(137) Hamel et Lagarde, t. I, n° 652 et s. ; V. G. Gozard, La responsabilité du président du conseil d'administration, thèse, Paris, 1941 ; G. Vernon, Le président-directeur général dans les sociétés anonymes, 2^e éd., Paris, 1958.

(138) Escarra et Rault, t. IV, n° 1579, p. 343 et s.

ministrateur qui a commis des fautes dans la mesure des fonctions qui lui ont été déléguées.

Quant au directeur général adjoint (139), sa responsabilité civile est engagée s'il est choisi parmi les administrateurs et recherché en raison de la faute qu'il a commise en cette qualité. En ce qui concerne sa responsabilité résultant des fautes qu'il aurait commises en tant que directeur général adjoint, elle est engagée dans les termes du droit commun.

L'article 15-7°, alinéa 2, de la loi de 1867 dispose que les membres du conseil de surveillance ne sont pas civilement responsables des délits du gérant. Cette solution contraire à la jurisprudence antérieure, est l'application du droit commun d'après lequel nul n'est responsable des faits d'un tiers à moins que ce tiers ne soit son préposé (C. civ. 1384).

Cependant les membres du conseil de surveillance et les commissaires aux comptes sont responsables envers la société, les actionnaires et les tiers de leurs fautes, c'est-à-dire d'une insuffisance de surveillance (140) sur les actes des gérants et administrateurs (art. 9, al. 2, et art. 43, L. 24 juill. 1867 ; art. 32, al. 5, L. 7 mars 1925).

Sur ce point, l'article 10 de la loi de 1867 dispose :

« Les membres du conseil de surveillance vérifient les livres, la caisse, le portefeuille et les valeurs de la société.

« Ils font, chaque année, à l'assemblée générale, un rapport dans lequel ils doivent signaler les irrégularités et inexactitudes qu'ils ont reconnues dans les inventaires, et constater, s'il y a lieu, les motifs qui s'opposent aux distributions des dividendes proposées par le gérant. »

Des textes analogues existent en ce qui concerne la responsabilité des commissaires aux comptes des sociétés anonymes (art. 34, al. 2 et 3, L. 24 juill. 1867) et du conseil de surveillance des sociétés à responsabilité limitée comprenant plus de vingt associés (art. 32, L. 7 mars 1925).

La jurisprudence a fait de nombreuses applications de cette respon-

(139) Houpin et Bosvieux, t. II, n° 1103 ; Cass., 30 déc. 1892, Journ. Soc. 1893, p. 145 V. Hamel, Les pouvoirs du président et du directeur général des sociétés anonymes d'après la loi du 4 mars 1943, Gaz. Pal. 1943.2. Doctr. 59 ; C. Desandre-Navarre, Les directeurs généraux de sociétés anonymes, thèse, Paris, 1960, dactyl. ; P. - D. Ollier, Le directeur général adjoint de la société anonyme, Rev. trim. dr. com. 1961, p. 533.

(140) Hamel et Lagarde, t. I, n° 678 ; V. G. Lagarde, Le statut des commissaires aux comptes, 1936 (publication de l'A.N.S.A.) et Travaux Université de Rennes, 1937, p. 184 ; L. Isselé, La responsabilité civile et pénale des commissaires dans les sociétés anonymes, thèse, Paris, 1941 ; A. Dalsace, Evolution du contrôle des sociétés anonymes en France, Rev. Soc. 1953, p. 120.

sabilité des organes sociaux de gestion et de contrôle, en matière de distribution de dividendes fictifs (141).

§ 2. — FINS DE NON RECEVOIR

Bien que toutes les conditions exigées pour l'exercice d'une action en responsabilité se trouvent remplies, il se peut que la demande ne puisse aboutir en raison des moyens de défense employés par les défendeurs.

La défense, au sens large, peut se définir comme étant la contradiction à la demande par le défendeur qui propose au tribunal des moyens propres à faire écarter, s'ils sont établis, la prétention du demandeur d'une façon plus ou moins définitive.

On distingue habituellement les moyens de défense, quant à leur nature, en défense stricto sensu ou défense au fond, en exceptions et en fins de non recevoir.

Si la défense stricto sensu ou au fond tend à déclarer la demande non fondée, et l'exception à suspendre ou à retarder la solution, la fin de non recevoir n'a qu'un caractère intermédiaire et elle a, par conséquent, pour but de faire déclarer la demande irrecevable.

Nous nous proposons de n'étudier ici que certaines fins de non recevoir qui intéressent particulièrement notre matière, telles que la clause d'avis ou d'autorisation, la renonciation et l'autorité de la chose jugée, en renvoyant quant à l'étude des autres moyens de défense lato sensu aux traités de procédure civile et commerciale (142).

A. — *Clauses d'avis ou d'autorisation.*

Le législateur a voulu par le décret-loi du 31 août 1937, modifiant ou complétant la loi du 24 juillet 1867, réglementer l'action en responsabilité contre les organes de gestion et de contrôle en supprimant les obs-

(141) Cass., 7 mai 1872, D. 1872.1.233 ; Cass. crim., 1^{er} mars 1945, D. H. 1946.129 ; 2 févr. 1950, D.H. 1951. Somm. 12 ; Lyon, 17 août 1865, S. 1866.2.231 ; Paris, 22 avr. 1870, D. 1870.2.121 ; Orléans, 4 juill. 1893, Journ. Soc. 1894, p. 9 ; Besançon, 1^{er} févr. 1895, Journ. Soc. 1895, p. 354 ; Paris, 9 août 1904, Journ. Soc. 1905, p. 200 ; Orléans, 27 févr. 1904, D.P. 1905.2.337 ; Riom, 20 avr. 1910, Journ. Soc. 1911, p. 312 ; Amiens, 5 févr. 1910, Journ. Soc. 1911, p. 213 ; Rennes, 27 nov. 1913, Journ. Soc. 1914, p. 361 ; Lyon, 20 avr. 1932, Journ. Soc. 1932, p. 583 ; Trib. Seine, 2 déc. 1891, Journ. Soc. 1892, p. 537 ; 5 oct. 1892, Journ. Soc. 1892, p. 544.

(142) V. H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, 2 vol. t. I, 1962 ; P. Cuhe et J. Vincent, *Précis de procédure civile*, 13^e éd. 1963 ; G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile*, 1958, suppl. 1960 ; R. Japiot, *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*, 3^e éd. 1935, suppl. 1939 ; E. Garsonnet et C. Cézard-Bru, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, 3^e éd., 9 vol. (1912-1925), 3 suppl. 1931, 1933, 1938.

tacles que la pratique avait opposés au moyen des clauses d'avis ou d'autorisation à l'exercice de cette action (143).

Ces clauses étaient généralement étudiées à propos de l'exercice de l'action individuelle et, surtout, de l'action sociale *ut singuli*. Mais il n'était pas sans exemple de leur voir attribuer une portée plus générale et les déclarer licites lorsqu'elles réservaient à l'assemblée générale le droit de décider sur l'exercice de l'action sociale (144).

La première clause, appelée « clause d'avis » était celle qui mettait comme condition préalable à l'exercice de l'action, l'obligation pour les demandeurs d'avertir l'assemblée générale de leurs intentions.

C'est ainsi que les actionnaires étaient obligés, pour qu'ils puissent exercer l'action sociale *ut singuli*, de se plier à cette clause restrictive des statuts et de demander l'avis de l'assemblée générale.

Cependant, cette clause avait fait l'objet de controverses dans la doctrine, et la jurisprudence avait fini par l'appliquer tout au moins à l'exercice de l'action en responsabilité fondée sur les fautes de gestion comme c'est le cas notamment de la distribution de dividendes fictifs (145).

Mais, il était admis que la clause d'avis n'était pas opposable aux actions individuelles lorsque celles-ci étaient intentées par les tiers, et que par contre, elle était applicable aux actions individuelles des associés (146).

Une autre clause, dite « clause d'autorisation » ou « prohibitive », avait pour but de contraindre les demandeurs de solliciter l'autorisation de l'assemblée générale avant l'exercice de l'action, et de réserver, ainsi, à l'assemblée générale l'exercice de l'action.

Cette clause, bien qu'elle équivaille pour les actionnaires à une renonciation indéfinie à l'exercice de l'action *ut singuli*, était déclarée licite par la jurisprudence. Elle devrait recevoir application alors même que la société était en faillite due notamment à une distribution de dividendes fictifs (147).

Mais il en était différemment lorsqu'il s'agissait d'une action individuelle appartenant en propre aux actionnaires ou aux tiers. Dans ces

(143) Hamel et Lagarde, t. I, N° 662 et s. ; Rippert et Roblot, t. I, n° 1330, p. 624 et s. ; Cass. Req., 11 juill. 1928, S. 1931.1.137, note Lescot ; 3 févr. 1930, Rev. Soc. 1930, p. 112 ; Cass. civ., 29 juill. 1941, S. 1942.1.57 ; Cass., 4 janv. 1944, Rev. Soc. 1945, p. 51.

(144) Trib. com. Seine, 6 mai 1920, Journ. Soc. 1921, p. 462.

!(145) Cass. Req., 29 juin 1899, S. 1899.1.409 ; Cass. civ., 20 déc. 1911, S. 1914.1.81.

(146) J. Perroud, De l'exercice des actions judiciaires par les actionnaires, n° 40, p. 32 et s. J. Guery, Prescription de l'action civile en responsabilité des administrateurs des sociétés anonymes, p. 35.

(147) Trib. com. Seine, 9 févr. 1910, Journ. Soc. 1911, p. 26.

cas, l'assemblée générale n'ayant pas l'exercice de l'action, la clause prohibitive ne lui était pas opposable (148).

Le législateur a condamné catégoriquement les clauses d'autorisation ou d'avis, et, dorénavant, tous les obstacles à l'exercice de l'action en responsabilité qui en résultaient disparaissent depuis le décret-loi du 31 août 1937 complétant, sur ce point l'article 17, alinéa 2 de la loi du 24 juillet 1867 qui dispose :

« Est nulle et réputée non écrite toute clause des statuts ayant pour effet de subordonner l'exercice de cette action à l'avis préalable ou à l'autorisation de l'assemblée générale ou qui comporte par avance renonciation à l'exercice de la dite action. »

B. — *Renonciation.*

Avant la réforme réalisée par le décret-loi du 31 août 1937, il était admis que l'assemblée générale, disposant de l'action sociale, avait le pouvoir de ratifier l'acte dommageable et de renoncer explicitement ou même implicitement, par le vote du quitus ou l'approbation des comptes faisant apparaître les bénéfices, à exercer l'action en responsabilité.

Il est, en effet, d'un usage constant dans les sociétés par actions, qu'il soit proposé à l'assemblée générale, le vote d'une résolution approuvant les comptes de l'exercice écoulé et donnant aux organes quitus de leur gestion pour la période considérée. Le quitus se présente ainsi comme une renonciation au droit qui appartient à la société de poursuivre la réparation du dommage que lui ont causé les agissements de ses organes de gestion (149).

Le quitus n'est soumis à aucune condition de forme et peut résulter de la délibération de l'assemblée générale annuelle portant approbation des comptes, sans qu'il soit nécessaire que le mot figure expressément dans la résolution de la dite assemblée. Quelle que soit, en effet, l'expression employée par l'assemblée générale des actionnaires dans sa résolution, il tient lieu de quitus l'approbation, dans toutes les parties, des rapports du conseil d'administration et des commissaires aux comptes, des comptes et bilans tels qu'ils sont soumis à l'assemblée (150).

Si le quitus n'est soumis à aucune condition de forme, la doctrine et la jurisprudence subordonnent toutefois l'efficacité de cette renonciation aux trois conditions suivantes :

1° Le quitus voté par l'assemblée générale ordinaire ne peut couvrir

(148) Cass. Req., 7 mai 1872, D. P. 1872.1.233.

(149) Escarra et Rault, t. IV, n° 1589 et s. ; Ripert et Roblot, t. I, n° 1320.

(150) Paris, 5 déc. 1925, Journ. Soc. 1926, p. 668.

que les seules fautes de gestion (151), ce qui rend possible la renonciation en matière de distribution de dividendes fictifs.

2° La deuxième condition requise pour que le quitus soit valable, c'est qu'il ait été voté en connaissance de cause et, à plus forte raison, qu'il n'ait pas été provoqué par des manœuvres frauduleuses. Si cette condition est remplie, l'action sociale exercée contre les administrateurs pour avoir établi ou laissé établir des bilans inexacts et avoir distribué ou laissé distribuer, sans opposition, des dividendes fictifs est irrecevable (152).

3° Enfin, il faut que les intéressés aient exécuté toutes les conditions mises par l'assemblée au quitus qui, en général, ne produit ses effets que pour les personnes pour lesquelles il a été voté. Par conséquent, si l'assemblée générale a régulièrement donné quitus qui affranchit les gérants de toute responsabilité, les membres du conseil de surveillance ne pourraient, en vertu d'un argument a fortiori, l'invoquer parce que leur responsabilité personnelle n'a été soumise à la décision de l'assemblée (153).

Il faut remarquer que le quitus, même régulièrement voté, ne saurait arrêter l'action individuelle appartenant aux créanciers sociaux ou aux actionnaires à moins que ces derniers ne l'ait voté en connaissance de cause et voulu ainsi renoncer à l'exercice de leur action (154).

Toutefois, depuis le décret-loi du 31 août 1937, la situation a été profondément modifiée car, aux termes mêmes de l'alinéa 3 de l'article 17 de la loi de 1867 « aucune décision de l'assemblée générale ne peut avoir pour effet d'éteindre une action en responsabilité contre les gérants ou contre les membres du conseil de surveillance pour faute commise dans l'accomplissement de leur mandat ».

Il s'ensuit que, malgré un quitus voté par l'assemblée générale en connaissance de cause, l'action en responsabilité contre les organes de gestion et de contrôle ne peut pas s'éteindre, et seule, désormais l'unanimité des actionnaires a le droit de voter un quitus efficace et de renoncer valablement à l'exercice de l'action sociale *ut universi* et *ut singuli* (155).

Cette solution, dégagée des termes larges et compréhensifs du texte, est valable pareillement pour le désistement d'action mais non pour celui d'instance qui n'emporte pas extinction de l'action et peut, par conséquent,

(151) Lyon-Caen et Renault, t. II, par Amiaud, n° 827 bis ; Houpin et Bosvieux, t. II, n° 1369 ; Cass., 20 févr. 1877, D. 1877.1.201 ; Paris, 6 févr. 1896, Journ. Soc. 1896, p. 343.

(152) V. E. Hommey, La responsabilité personnelle des administrateurs dans la gestion des sociétés anonymes, p. 82 ; Paris, 5 déc. 1925, précité.

(153) Lyon, 22 janv. 1890, D. 1892.2.33.

(154) Cass. crim., 26 janv. 1938, S. 1939.1.49.

(155) J. Delafon, De la responsabilité civile des administrateurs des sociétés anonymes envers la société en cours de vie sociale, p. 98.

être souscrit soit sur un vote conforme de l'assemblée générale, soit sur l'initiative des représentants légaux de la société (156).

A la renonciation proprement dite et au désistement, on doit, semble-t-il, assimiler l'acquiescement. Dans ce cas, la renonciation à l'action est, en effet, tacite. Elle résulte du fait que la société laisse s'écouler le délai d'appel, après un jugement de première instance qui l'a déboutée de sa demande en dommages-intérêts, sans exercer cette voie de recours. L'action civile se trouve ainsi éteinte du simple écoulement du délai d'exercice de la voie de recours. Il y a là, sans doute, un cas de renonciation à l'action et, par conséquent, cette sorte de renonciation ne peut pas avoir, en vertu de l'article 17, alinéa 3, de la loi de 1867 pour effet l'extinction de l'action en responsabilité contre les organes de gestion et de contrôle.

Par contre, il n'existe pas de raison, semble-t-il, de soustraire la transaction à la prohibition de l'article 17 car la renonciation qui en résulte est faite moyennant l'attribution de dommages-intérêts (157).

La société peut donc faire une transaction avec les coupables de la distribution de dividendes fictifs en ce qui concerne la réparation du dommage. La transaction ainsi intervenue enlève à tous ceux qui pourraient exercer l'action sociale le droit de réclamer en justice des dommages-intérêts car l'action est régulièrement éteinte.

Mais le Ministère public, malgré la transaction, peut toujours exercer l'action publique contre les organes pénalement responsables, et si la poursuite a déjà été engagée, il n'a pas la possibilité de l'arrêter.

C. — *L'autorité de la chose jugée.*

Parmi les présomptions légales, l'article 1350 du Code civil place « l'autorité que la loi attribue à la chose jugée » (158). Il importe alors de savoir quelle est l'application de cette règle en notre matière.

On sait, en effet, que la distribution de dividendes fictifs est une faute très grave et que le législateur y voit l'occasion de reconnaître à la fois la responsabilité civile et la responsabilité pénale de tous ceux qui s'en sont rendus coupables.

(156) Escarra et Rault, t. IV, n° 1593, p. 339.

(157) Escarra et Rault, t. IV, n° 1595, p. 340 ; Delafon, op. cit., p. 102, exprime la même opinion en fait mais pas en théorie ; V. Cass., 7 mai 1872, D.P. 1872.1.233.

(158) V. P. Hébraud, *L'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil*, thèse, Toulouse 1929 ; P. Courteaud, *Evolution dans la jurisprudence récente du principe de l'autorité au civil de la chose jugée au criminel*, thèse, Grenoble, 1938 ; J. Foyer, *De l'autorité de la chose jugée en matière civile*, thèse, Paris, 1954.

Ainsi s'explique le double aspect que peut présenter ce problème : l'autorité de la chose jugée au civil sur le civil et l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil.

En effet, après que le procès en responsabilité a abouti à une décision définitive émanée d'une juridiction civile, les responsables de la distribution sont actionnés à nouveau par leurs victimes. L'autorité de la chose jugée au civil va être ainsi invoquée dans le nouveau procès civil pour faire écarter l'action (159). Une situation différente, sera présentée lorsque la décision, dont l'autorité est invoquée, a seulement statué sur l'action publique. La faute, dont se plaint le demandeur en responsabilité, a été l'objet d'une poursuite répressive qui s'est terminée par un acquittement ou une absolution sans que le juge répressif ait été saisi de l'action civile. La décision pénale est ainsi intervenue sur la seule action publique et elle va être invoquée dans le procès civil pour faire écarter l'action en responsabilité (160).

L'autorité de la chose jugée est en principe opposable aux nouveaux représentants de société, qui intentent à nouveau l'action sociale, si le premier jugement n'est pas le résultat d'un concert frauduleux entre les défendeurs à l'action et les anciens représentants de la société. Il en est de même de l'action exercée ut singuli.

Mais que faut-il décider si la chose jugée à l'égard de la société est invoquée pour faire écarter l'action individuelle des actionnaires ou des créanciers sociaux ?

Entre l'action sociale et l'action individuelle il y a bien identité de cause puisque la faute alléguée est la même. Au contraire, il n'y a ni identité des parties ni identité d'objet puisque l'actionnaire ou le tiers n'agit que dans la limite de son intérêt.

Il s'ensuit que la chose jugée à l'égard de la société est inopposable aux créanciers sociaux et aux actionnaires exerçant l'action individuelle en responsabilité. Il en est de même de la chose jugée à l'égard de l'action sociale ut singuli invoquée pour écarter l'action sociale intentée par les représentants légaux de la société (161).

Quant à l'autorité de la chose jugée au pénal invoquée devant la juridiction civile pour faire écarter l'action en responsabilité, il est à noter que la réparation du dommage causé par la distribution de dividendes fictifs pourra être décidée par le juge civil alors même que, l'intention frauduleuse n'étant pas prouvée, la poursuite pénale aboutit à une ordonnance de non-lieu ou à un jugement d'acquittement (162). L'argument qu'on

(159) V. Mazeaud, et Tunc, t. II, n^{os} 1732 et s.

(160) V. Mazeaud et Tunc, t. II, n^{os} 1742 et s.

(161) Escarra et Rault, t. IV, n^o 1596, p. 341.; Houpin et Bosvieux, t. II, n^o 1369.

(162) Paris, 29 mai 1889, Journ. Soc. 1890, p. 75 ; Cass., 28 juin 1892, Journ. Soc. 1892, p. 562 ; Paris, 28 juin 1894, D.P. 1895.2.523.

peut apporter en faveur de ce principe est le fait que, pour constituer la faute pénale, tous les éléments doivent se trouver réunis (163), tandis que, pour constituer la faute civile, il suffira la réunion de certains d'entre eux pour décider la réparation du préjudice causé.

Ainsi, à la différence de l'action publique, l'action civile peut-elle être dirigée contre les organes de gestion et de contrôle même de bonne foi, et leur acquittement devant la juridiction répressive ne pourra pas les mettre à l'abri des poursuites devant le tribunal civil. C'est la thèse qui doit, d'ailleurs, être admise dès l'instant où l'on affirme qu'au pénal le dol est requis ; l'absence de dol n'établit pas nécessairement l'absence de faute et la preuve de la faute doit, par conséquent, être autorisée au civil.

Toutefois, le tribunal civil qui statue sur l'action civile après le jugement rendu par le tribunal répressif sur l'action publique est tenu de respecter dans une certaine mesure ce qui a été décidé par le juge répressif ; Il ne peut se mettre en contradiction avec lui. Ce qui fait dire aux auteurs que l'action civile est éteinte dans ce cas par la chose jugée au criminel.

C'est ainsi que le juge civil ne peut, afin de répartir inégalement la réparation du dommage entre les responsables, méconnaître ce qui a été nécessairement et certainement décidé par le juge pénal et caractériser moins sévèrement la faute intentionnelle relevée par ce dernier.

S'il est certain que la règle de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil n'interdit pas à la victime de la distribution de dividendes fictifs — bien que l'auteur de cette infraction ait été acquitté — d'agir en réparation du dommage qu'elle a éprouvé devant un tribunal civil, il n'en est pas moins vrai à l'inverse, que, la poursuite du délit de distribution de dividendes fictifs n'étant nullement subordonnée à la démonstration d'un préjudice, la décision par laquelle le tribunal civil aurait déclaré, faute de dommage, non recevable l'action en réparation, ne saurait être invoquée devant le tribunal pénal pour faire écarter l'action publique.

Ainsi, cette décision n'aura-t-elle aucune influence sur celle que le juge répressif pourra être appelé à rendre postérieurement sur l'action publique si celle-ci est intentée. Le juge répressif n'est donc pas obligé de tenir compte de la décision civile. Il peut parfaitement prononcer une peine contre celui qui n'aura pas été condamné à réparation.

Sur ce point, la Cour de cassation s'est prononcée en ces termes :

« que le délit de distribution de dividendes fictifs existe indépendamment de tout préjudice causé aux actionnaires, et que le législateur a entendu réprimer la manœuvre frauduleuse qui a pour objet et pour but d'induire les tiers en erreur sur la situation de l'entreprise, alors surtout

(163) V. R. Gros, *L'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil et la notion de faute*, thèse, Montpellier, 1928.

que, comme dans le cas de l'espèce, il est procédé à l'émission d'obligations aussitôt après la distribution du dividende fictif » (164).

Notons pour terminer que le tribunal est obligé de surseoir à statuer sur l'action civile, tant que le tribunal répressif saisi avant ou pendant l'instance civile, n'a pas lui-même statué sur l'action publique. C'est le sursis au jugement de l'action civile qui résulte de la règle « le criminel tient le civil en état » (165).

§ 3. — ETENDUE DE LA RÉPARATION DU DOMMAGE

L'étendue de la réparation du dommage causé par la distribution de dividendes fictifs est une question d'un intérêt pratique de premier plan, tant du point de vue des organes tenus à la réparation, que de tous ceux qui prétendraient avoir subi le dommage et mettraient, par conséquent, en jeu la responsabilité.

Il arrive souvent, en effet, que ceux-ci se trouvent en présence d'un organe qui a pris une part plus active dans l'acte de distribution mais qui est insolvable. Ils ont alors intérêt à savoir jusqu'à quel point ils peuvent obtenir réparation de leur préjudice par ceux qui sont solvables mais dont la participation à l'acte dommageable n'est pas apparemment engagée.

En ce qui concerne les organes eux-mêmes, chacun d'eux voit peser sur lui, en raison de l'action collective des conseils, une présomption de solidarité et il est de son intérêt de s'en libérer dans la mesure où il n'a pas personnellement commis de faute. On sait, en effet, que la jurisprudence n'a jamais hésité à proclamer le principe d'une responsabilité purement individuelle dans la répartition définitive de la condamnation. Le juge devra, donc examiner séparément la conduite et le degré de culpabilité de chacun des organes sociaux de gestion et de contrôle et il sera tenu d'exonérer de toute responsabilité ceux d'entre eux qui n'ont commis aucune faute véritable ou sont demeurés étrangers à la distribution incriminée.

A. — *Réparation intégrale.*

Lorsque la distribution de dividendes fictifs est accomplie et le rapport de cause à effet entre cette distribution et le dommage qui en résulte

(164) Cass. crim., 10 juin 1934, Journ. Soc. 1935, p. 483 ; Adde : Cass. crim., 10 nov. 1942, Rev. Soc. 1943, p. 302.

(165) V. G. Stefani, La primauté du criminel sur le civil, Cours de doctorat 1953-1954, Les cours de droit ; M. Cachia, « Le criminel tient le civil en état » dans la jurisprudence, J.C.P. 1955.1.1245 ; A. Chavanne, Les effets du procès pénal sur le procès engagé devant le tribunal civil, Rev. sc. crim. 1954, p. 239 ; L. Sauvadet, De la règle : Le criminel tient le civil en état, thèse, Paris, 1951, Dactyl.

est établi, le juge saisi de la demande en dommages-intérêts doit fixer l'étendue de la réparation. Sur ce point le principe est simple : la réparation doit correspondre au préjudice souffert et le faire complètement disparaître ; elle doit en effet être intégrale (166) et comprendre à la fois la perte subie et le gain manqué (*Damnum emergens et lucrum cessans*).

Seulement l'application du principe est des plus délicate, car, lorsqu'il s'agit d'une condamnation pécuniaire, il est impossible d'évaluer exactement le préjudice pour le traduire en dommages-intérêts. Par conséquent, le rôle d'arbitre du juge du fond devient nécessaire et souverain. Les juges auront donc à trancher souverainement, sans que leur appréciation puisse tomber sous le contrôle de la Cour de cassation.

Sans doute, la Cour exerce son contrôle tant sur la relation de cause à effet entre la faute et le préjudice que sur le caractère du préjudice : actuel ou éventuel, certain ou hypothétique. Mais elle n'a pas à exercer son contrôle sur l'appréciation de l'étendue du dommage causé et l'importance de l'indemnité qui doit être accordée au demandeur. C'est donc au tribunal qu'il appartient de fixer la somme d'argent qui constitue le montant de la réparation due à la victime et cette détermination est établie d'après l'étendue du préjudice (167). L'auteur du dommage doit ainsi replacer la victime dans une situation équivalente à celle antérieure au préjudice.

Ici encore, les tribunaux ont une liberté totale dans le choix du procédé qu'ils jugeront le meilleur pour réparer intégralement le préjudice causé au demandeur. Si nous prenons pour exemple les actionnaires ou les tiers qui ont été entraînés par la distribution de dividendes fictifs à souscrire des actions ou des obligations, ou à s'en rendre acquéreurs, les juges peuvent disposer de moyens divers pour accorder une réparation intégrale du préjudice souffert par le demandeur et causé par la faute des administrateurs et des commissaires aux comptes. Ceux-ci seront condamnés à rembourser tantôt la totalité du prix d'acquisition, en capital et intérêts, tantôt la différence entre le prix d'achat des titres et celui de leur revente ou, si les titres ont été conservés par l'acquéreur, de leur valeur réelle au jour du jugement (168). On est d'accord, en effet, en doctrine et en jurisprudence, pour poser en principe que c'est au jour de la décision qui alloue l'indemnité que le juge doit se placer pour calculer le préjudice et partant, l'indemnité.

Cette solution s'applique, soit qu'il y ait aggravation du préjudice, soit qu'il y ait diminution entre le jour du dommage et le jour de la décision.

(166) V. Morel, *La réparation du préjudice*, Cours de doctorat 1951 - 1952, Les cours de droit.

(167) Pic et Kreher, t. II, n° 3046 ; Houpin et Bosvieux, t. II, n° 1079.

(168) Cass. Req., 11 juill. 1870, D.P. 1871.1.137 ; 7 mai 1872, D.P. 1872.1.233 ; Lyon, 12 mars 1885, D.P. 1886.2.136 ; Besançon, 1^{er} févr. 1895, Rev. Soc. 1895, p. 425. Cf. Mazeaud et Tunc, t. III, n° 2405 et s.

Si on ne justifie pas du prix d'acquisition, les tribunaux le fixent d'après les circonstances.

Il faut noter que la condamnation prononcée pour le tout, contre l'un des coupables au profit du demandeur, n'empêche pas les tribunaux de faire une répartition inégale entre les auteurs du dommage en tenant compte de la part que chacun d'eux a pu prendre dans l'acte de distribution, de leurs aptitudes diverses ou de leur influence dans la gestion de la société. Dans ce cas, c'est à l'administrateur, qui voudra se décharger de la responsabilité collective qui pèse sur le conseil, de démontrer son innocence en prouvant sa non-participation à la décision de distribution de dividendes fictifs. Il s'agit ici non pas d'un défaut de participation matérielle, puisque l'administrateur peut être condamné alors même qu'il n'a pas assisté, mais d'une absence de participation juridique.

En effet, l'absence non motivée par une cause légitime ne peut exonérer les administrateurs de leur obligation de réparer le dommage, car cette absence, loin d'être une excuse, constitue par elle-même une négligence génératrice de responsabilité (169).

Il ne suffirait pas non plus à un administrateur d'alléguer qu'à la séance du conseil il s'est abstenu ou a voté contre l'approbation du bilan, s'il n'a mis l'assemblée générale en garde contre cette approbation par des protestations suffisamment explicites et consignées au procès-verbal (170).

Dans les cas particulièrement graves, l'administrateur devra même donner sa démission pour se décharger de la responsabilité qui pèse sur le conseil d'administration (171).

Mais, il en est autrement lorsque l'absence de participation aux séances du conseil, au cours desquelles la distribution de dividendes fictifs a été décidée, est justifiée par la maladie ou par un voyage accompli dans l'intérêt de la société (172).

En tout cas, si la condamnation aux dommages-intérêts résulte d'une faute imputable également à tous les administrateurs ou conseillers, nul ne peut échapper par une action récursoire à la responsabilité. Tous supporteront en définitive le montant des condamnations par parts égales (173).

(169) Cass. civ., 24 avr. 1867, D.P. 1867.1.379 ; Paris, 13 juill. 1892, Rev. Soc. 1893, p. 223.

(170) Trib. com. Seine, 22 déc. 1890, Rev. Soc. 1891, p. 271.

(171) Cass. Req., 27 janv. 1873, D. 1873.1.331.

(172) Lyon, 17 août 1865, S. 1866.2.231 ; Trib. civ. Seine, 8 janv. 1886, Rev. Soc. 1886, p. 166 ; Amiens, 5 févr. 1910, Rev. Soc. 1911, p. 286 ; Paris, 22 juill. 1893, Rev. Soc. 1893, p. 448.

(173) Paris, 16 avr. 1870, D.P. 1870.2.121 ; Trib. com. Seine, 27 mai 1895, Rev. Soc. 1895, p. 502.

B. — *Réparation partielle.*

Il arrive fréquemment que le préjudice subi par la victime soit dû à des causes multiples au nombre desquelles figure la distribution de dividendes fictifs. Le juge doit alors déterminer l'incidence exacte de cette distribution sur le dommage, et sa décision est toujours à cet égard souveraine.

C'est ainsi que les tribunaux auront à rechercher si le dommage entier résulte effectivement et exclusivement de la distribution de dividendes fictifs ou si une partie quelconque de ce dommage ne doit pas être imputée à d'autres causes, notamment à la faute même de ceux qui demandent la réparation (174).

Certes, l'indemnité étant ou devant être, en principe, équivalente au préjudice, il semble à première vue que le juge n'ait pas à tenir compte de considérations personnelles à l'auteur du dommage ni à la victime. Mais, s'il en est bien ainsi, en général, des considérations relatives à l'auteur du dommage, cela cesse cependant d'être exact pour la victime ; il n'est pas douteux notamment que la faute de la victime est de nature à faire réduire l'indemnité qui lui sera allouée (175).

En effet, lorsqu'il est constaté à la fois une faute de l'auteur du dommage et une faute de la victime, le juge ne peut pas faire supporter tout le dommage à l'auteur. En ce cas, il y a partage de responsabilité fondé sur une « faute commune ».

C'est ainsi qu'il a été décidé que la responsabilité des membres du conseil de surveillance est plus gravement engagée envers ceux qui sont devenus actionnaires au moment où l'actif de la société avait été complètement perdu qu'envers ceux qui le sont devenus à une époque où la société avait quelques chances de relèvement (176).

La Cour de Lyon a, d'autre part, déclaré qu'il faut, pour apprécier l'importance du préjudice et la mesure exacte de la réparation, considérer les circonstances auxquelles les administrateurs et directeurs sont restés étrangers et « laisser une large part de responsabilité à la charge des parties civiles elles-mêmes, à qui le désir de s'enrichir par des moyens prompts et faciles a fait oublier les règles de la prudence » (177).

(174) V. E. Schaefer, *La faute de la victime et la réparation*, in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, op. cit., p. 377 ; M. Haller, *Essai sur l'influence du fait et de la faute de la victime sur son droit à réparation*, thèse, Paris, 1926.

(175) Mazeaud et Tunc, t. II, N^{os} 1505 et s.

(176) Orléans, 30 juill. 1881, S. 1883.2.29.

(177) Lyon, 12 mars 1885, D.P. 1886.2.136, Journ. Soc. 1887, p. 677 ; Adde : Orléans, 4 juill. 1893, Rev. Soc. 1893, p. 460.

Lorsqu'on a ainsi retenu plusieurs causes, le défendeur, dont la faute figure parmi ces causes, ne sera pas nécessairement tenu de réparer intégralement le préjudice mais il pourra se prévaloir de leur existence pour obtenir une exonération partielle (178).

Les réparations accordées dans ces conditions varient avec les espèces : tantôt les tribunaux accordent la moitié de la somme versée pour l'achat des titres (179, tantôt le tiers seulement (180), et, quelquefois, allouent la différence entre le prix d'achat et la valeur qu'auraient eue les actions en l'absence des agissements frauduleux des organes sociaux (181).

On peut dire alors que dans tous ces cas, la victime participe à la réalisation du dommage et que le tribunal ne fait, par conséquent, que comparer la causalité de diverses fautes dans la production du dommage causé par ce concours de fautes.

Mais dans les cas où il y a uniquement faute des administrateurs ou gérants, le préjudice doit être intégralement réparé ; admettre le contraire serait nous ramener au système de la peine privée.

En effet, la faute de l'auteur du préjudice, la faute du responsable, du moment qu'elle est prouvée, oblige le juge à réparer entièrement le dommage, quelle que soit la gravité de cette faute. Au civil le juge n'a pas à proportionner les dommages-intérêts au degré de culpabilité de l'auteur du dommage. Sa culpabilité ne peut avoir d'influence qu'au point de vue pénal : peu importe donc que la faute soit intentionnelle ou involontaire, qu'elle soit de commission ou d'omission, lourde ou légère.

Certes, lorsque la jurisprudence, dans le cas de pluralité de responsables, répartit l'indemnité entre les divers responsables, dans la proportion de leur faute respective, le degré de gravité de la faute influe pour chacun sur l'étendue de l'indemnité qu'il aura à supporter. Mais cette répartition n'est faite que dans les rapports des responsables entre eux, et seulement lorsqu'elle est possible. La faute n'influe pas sur l'indemnité dans les rapports de la victime et des auteurs du dommage qui, eux, sont débiteurs in solidum des dommages-intérêts.

Sans doute est-il vrai qu'en cas de faute grave, le lien de causalité entre la faute grave et le dommage est plus aisé à démontrer. Mais, une fois établie la relation de cause à effet entre une faute et un dommage, il importe peu que la faute soit légère ou lourde, la réparation doit être intégrale.

(178) Paris, 28 juin 1894, D.P. 1895.2.523.

(179) Trib. Seine, 6 mars 1895, Rev. Soc. 1895, p. 349.

(180) Trib. com. Seine, 27 mai 1895, Rev. Soc. 1895, p. 502.

(181) Trib. Seine, 2 déc. 1891, Journ. Soc. 1892, p. 537 ; Trib. com. Seine, 5 oct. 1892, Journ. Soc. 1892, p. 544.

Cependant, si l'on tient compte de l'étendue des pouvoirs reconnus au juge du fond pour fixer l'indemnité, il est incontestable que les juges ont une tendance à mesurer la réparation à la gravité de la faute. Par cette voie, les tribunaux arrivent souvent à une équitable modération du montant de la réparation, réparation qui devient de ce fait partielle.

Ainsi, les juges pourront-ils, dans certains cas, atténuer la responsabilité des organes sociaux de gestion et de contrôle, même s'il est constant que le préjudice leur est entièrement imputable. Cette indulgence se manifestera notamment au cas de gratuité des fonctions d'administrateur ou de gérant. La gratuité de ses fonctions ne peut l'exonérer de cette obligation. Elle n'est qu'une cause d'atténuation dans l'évaluation du montant des dommages-intérêts.

Il en est de même de la bonne foi. Celle-ci est l'une des causes d'excuse les plus souvent invoquées par les organes sociaux de gestion et de contrôle afin de se décharger de leur responsabilité. Elle ne peut, cependant, motiver qu'une restriction dans l'étendue des dommages-intérêts (182).

Enfin, la responsabilité de chacun des membres du conseil d'administration ou de surveillance est appréciée, en ce qui concerne l'atténuation dans l'évaluation des dommages-intérêts, eu égard à la durée de ses fonctions, à l'époque où il a été appelé à les remplir, à sa participation plus ou moins active, à la nature et à la spécialité de ses connaissances (183).

C. — *Refus de toute réparation à la victime.*

Les administrateurs ou gérants et conseillers de surveillance coupables de manœuvres dolosives et notamment coupables d'avoir distribué ou laissé distribuer sans opposition des dividendes fictifs ne doivent pas nécessairement échapper à toute responsabilité lorsqu'ils allèguent que les acquéreurs des titres ont eu comme but la spéculation. Il leur faut pour cela prouver encore que ces acquéreurs connaissaient la situation précaire de la société et ont acheté dans le but unique de spéculer sur les différences sans avoir l'intention de lever les titres et, de ce fait, se sont exposés à toutes les chances d'une opération aléatoire (184).

Dans ces conditions, l'action civile dérivant d'une distribution de dividendes fictifs n'est pas recevable car ceux qui connaissent le mauvais état des affaires sociales commettent une faute en achetant par exemple

(182) Rouen, 26 avr. 1911, Journ. Soc. 1913, p. 128 ; Aix, 5 juill. 1911, Rev. Soc. 1911, p. 419 ; Lyon, 11 juill. 1873, D.P. 1874.2.209.

(183) Cass., 30 mai 1930, S. 1933.1.195 ; Colmar, 3 juin 1869, D.P. 1869.2.171 ; Orléans, 30 juill. 1881, S. 1883.2.29 ; Lyon, 28 janv. 1890, D.P. 1892.2.33 ; Rouen, 1^{er} déc. 1926, Journ. Soc. 1928, p. 88.

(184) Trib. civ. Seine, 12 avr. 1894, Rev. Soc. 1894, p. 306.

leurs titres alors que la société se trouve en liquidation (185). Il est juste de laisser à leur charge les conséquences de cette spéculation car les administrateurs ne sont pas leurs assureurs.

Ainsi, l'incidence du fait de la victime sur la responsabilité et la mesure de la réparation joue-t-elle un rôle capital puisqu'il arrive même que ce fait constitue la cause unique du dommage.

Notons pour terminer que l'existence d'une faute de la victime est appréciée d'après les mêmes principes que la faute de l'auteur. Elle consiste à avoir contribué volontairement à causer le dommage qu'elle savait ou devait savoir qu'elle créait pour elle-même. Il est également tenu compte des aptitudes particulières dans la même mesure que dans l'appréciation de la conduite de l'auteur. En tout cas, si la faute de la victime est considérée comme ayant été la cause même du dommage, l'auteur de ce dommage voit sa responsabilité écartée. Il n'est pas question, en pareil cas, de condamnation à des dommages-intérêts. La victime supporte les conséquences de sa faute.

(185) Cass. Req., 7 mai 1872, D.P. 1872.1.233 ; Trib. com. Seine, 19 févr. 1897, Journ. Soc. 1897, p. 231.

CHAPITRE II

LA REPETITION DES DIVIDENDES FICTIFS

Les dividendes distribués aux actionnaires et associés ne sont pas soumis à répétition dès lors qu'au moment où la répartition en a été faite il existait réellement des bénéfices. Les associés, n'ayant en effet touché que ce qui leur était légitimement dû — puisque toute action s'analyse en un certain sens, en une créance de dividendes — sont désormais à l'abri de toute action en répétition, alors même que les exercices ultérieurs, ou que la liquidation définitive du capital se solderait en perte. Le principe de l'annualité des distributions de dividendes impose cette solution : les dividendes sont des revenus, des fruits civils (1) (art. 582 C. civ.), destinés à être consommés.

Mais il n'en est pas de même lorsque les dividendes ne correspondent pas à des bénéfices réels, c'est-à-dire lorsqu'il y a des dividendes fictifs. Dans ce cas, les principes généraux du droit autorisent l'exercice d'une action en répétition contre les associés qui ont illégalement touché les dividendes fictifs. Seulement l'article 10 de la loi du 24 juillet 1867 limite en ce qui concerne les sociétés par actions la portée de cette action qui, ainsi, n'est permise que sous certaines conditions que nous préciserons au cours de ce chapitre consacré à l'étude de la nature juridique de l'action en répétition et de son exercice.

SECTION I. — NATURE DE L'ACTION EN RÉPÉTITION

La question de savoir quelle est la nature juridique de l'action en répétition de dividendes fictifs est débattue.

Dans une première opinion, l'action a pour objet la restitution des mises, c'est-à-dire l'exécution de l'obligation primitive de verser les

(1) Hamel et Lagarde, t. I, n° 468, p. 571 ; Ripert et Roblot, t. I, n° 813 ; Cass. civ., 21 oct. 1931, D. 1933.1.100, note Cordonnier, S. 1933.1.137, note Batiffol.

apports. Elle a ainsi sa base dans les dispositions des articles 26 et 33 du Code de commerce.

D'après une seconde opinion, l'action est considérée comme une variété de *condictio indebiti* ayant sa base dans l'article 1376 du Code civil.

Pour être exactement fixé sur la nature de l'action il faut donc examiner ces deux thèses.

§ I. — ACTION EN COMPLEMENT D'APPORT

En vertu d'un principe général commun à toutes les sociétés commerciales, les gérants ou administrateurs ne peuvent restituer aux associés tout ou partie de leurs mises. Cette restitution laisserait intacte l'obligation des associés et, par suite, la société aurait le droit d'agir contre eux pour les contraindre à verser à nouveau les sommes qui leur auraient été ainsi restituées.

Ce principe doit, selon certains auteurs (2), conduire à accorder à tous les intéressés une action en répétition des dividendes fictifs ou des sommes distribuées aux actionnaires à titre de dividendes mais ne correspondant pas à des bénéfices réellement acquis à la société. Les dividendes fictifs, dit-on, sont des sommes prélevées sur le capital formé des apports sociaux. En distribuant ce capital aux associés, on leur restitue leurs mises jusqu'à concurrence des sommes ainsi distribuées. L'associé qui a repris sa mise est ainsi au point de vue juridique, dans la même situation que s'il ne l'avait pas versée. En opérant la distribution de dividendes fictifs, les administrateurs ou gérants ont donc creusé dans le patrimoine social un vide qui doit être comblé.

C'est pourquoi l'action en répétition est souvent désignée sous le nom d'action en recomblement : elle est une action en reconstitution du capital et, elle a, par conséquent, pour résultat d'assurer à la caisse sociale l'intégralité des mises (3). Elle est, dès lors, fondée sur les articles 26 et 33 du Code de commerce.

Il nous paraît cependant plus juridique d'envisager l'action en répétition non comme une véritable action en versement d'apport mais comme une action en répétition de l'indu.

Sans doute, suivant les principes généraux du droit, par le fait qu'un associé a touché des bénéfices injustifiés par les résultats d'un inven-

(2) V. notamment, Lyon-Caen et Renault, t. II, par Amiaud, n° 892, p. 479 ; Lacour et Bouteron, t. I, n° 581, p. 434.

(3) Pic et Kreher, t. II, n° 3058, p. 634 ; Houpin et Bosvieux, t. II, n° 1358, p. 600.

taire régulier, naît pour cet associé une obligation de les restituer. Mais cette obligation n'a rien de commun avec l'obligation primitive d'effectuer son apport. Il s'est complètement libéré de cette dernière en opérant ses versements. L'action en restitution en est très différente, puisqu'elle n'a pas pour objet la création d'une société qui doit se livrer à des opérations commerciales. C'est surtout sur cette idée que se fonde à titre principal la seconde théorie concernant la nature juridique de l'action en répétition.

D'ailleurs, comme nous avons montré, tout dividende fictif n'est pas nécessairement pris sur le capital social si bien que toute distribution illégale ne doit pas être considérée comme une restitution irrégulière, c'est-à-dire sans observation de formalités prévues pour une réduction du capital, des apports faits par les associés à la société.

§ 2. — ACTION EN RÉPÉTITION DE L'INDU

Malgré une certaine obscurité que le Code civil a jeté sur le fondement de l'action en répétition de l'indu en présentant celle-ci tantôt comme une application de la théorie de la cause dans la mesure où si la dette, cause du paiement, n'existe pas, le paiement est nul (art. 1235), tantôt comme la conséquence d'une obligation quasi-contractuelle résultant d'une certaine présomption de volonté que celui qui reçoit un soi-disant paiement entend s'engager à restituer la chose payée s'il se trouvait en définitive qu'elle ne fût pas due (art. 1376), il semble bien que la répétition des dividendes irrégulièrement distribués aux associés participe de la nature de cette action (4). Elle réunit en effet, toutes les conditions d'existence d'une action en répétition de l'indu.

On sait que trois conditions doivent se trouver réunies (5) pour que l'accipiens soit tenu de restituer ce qu'il a reçu. Il faut :

- 1° qu'il y ait eu lieu un paiement ;
- 2° que ce paiement ait été effectué en l'absence de dette ;
- 3° que celui qui a payé (solvens) ait agi par erreur.

Or, il se trouve que ces trois conditions sont réalisées dans le cas du paiement d'un dividende aux associés.

Et tout d'abord, la répétition exige qu'il y ait eu un paiement, c'est-à-dire en notre matière remise par la société à l'associé, d'accord pour l'accepter, d'une somme d'argent à titre de dividende. Il faut, bien

(4) Hamel et Lagarde, t. I, n° 469, p. 572 ; Arthuys, t. II, n° 664, p. 217.

(5) V. L. Julliot de la Morandière, *Traité de droit civil* (d'après le *Traité de A. Colin et H. Capitant*), t. II, n° 1245 et s. ; Ripert et Boulanger, *Traité de droit civil*, t. II, n° 1245 et s. ; H., L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. II, n° 653 et s.

entendu, assimiler au paiement les autres modes d'extinction des obligations. Il n'y a pas de raison, en effet pour distinguer tant ici qu'ailleurs, entre les modes d'extinction des obligations. L'article 1234 du Code civil qui dit que « Les obligations s'éteignent par le paiement, par la novation, par la remise volontaire, par la compensation, etc » est donc applicable en matière de dividendes fictifs et, par conséquent, la compensation du dividende mis en distribution avec une dette des associés envers la société répond aussi bien que tout autre moyen légal de paiement à la première condition de la répétition de l'indu.

D'autre part, il faut qu'il s'agisse d'un paiement de l'indu, c'est-à-dire que la dette n'existe pas ou n'existe pas encore, ce qui est justement le cas du paiement d'un dividende qui correspond à un bénéfice inexistant, non réellement acquis à la société au jour où celle-ci le met en distribution.

Enfin, même si l'on exige avec la plupart des auteurs, qui admettent qu'il faut sous-entendre la condition d'erreur dans les textes qui, contrairement à l'article 1377, prévoyant le cas où la dette est payée par un autre que le véritable débiteur, ne parlent point de l'erreur, il ne fait pas de doute que les administrateurs ou gérants ont trompé au moyen d'un bilan truqué la confiance de l'assemblée générale des actionnaires et, par conséquent, la société, en distribuant des dividendes, a cru mettre en distribution des bénéfices réels alors que ceux-ci faisaient défaut. D'ailleurs, dans la répétition de dividendes fictifs il y a un fait autre que le paiement, à savoir la défaillance d'une condition qui rend le rétablissement des choses dans l'état où elles se trouvaient avant le paiement.

En effet, la société est constituée en vue de partager, entre ses membres, les bénéfices qui pourront résulter de l'exploitation sociale. Le paiement d'un dividende est, par conséquent, subordonné en principe, par la loi elle-même, à la condition de la réalisation de bénéfices au cours de l'exercice au titre duquel le dividende est distribué. La société n'aura donc pas besoin de faire la preuve qu'elle a payé par erreur le dividende et pourra le répéter même si l'assemblée générale était en connaissance de cause.

Il résulte de cette analyse que l'action en répétition des dividendes fictifs participe de la nature juridique de l'action en répétition de l'indu, action fondée sur l'équité autant que sur les principes généraux des obligations. Si, donc, nous nous trouvons en présence de dividendes réels, il n'y a pas d'action en répétition. Mais si le gérant ou le conseil d'administration a procédé à une distribution, bien que l'exercice ne se solde pas par des bénéfices, tous ceux qui en ont éprouvé un dommage auront la ressource des articles 1235 et 1376 et ils répéteront l'indu.

La Cour de cassation s'est prononcée dans le même sens :

(6) V. Y. Loussouarn, La condition d'erreur du solvens dans la répétition de l'indu, *Rev. trim. dr. civ.* 1949, p. 212.

C'est ainsi que la Chambre des requêtes dans son arrêt du 3 mars 1863, rendu dans une affaire de distribution de dividendes fictifs, a déclaré « qu'en effet, aux termes de l'article 1376 du Code civil, celui qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû est tenu de le restituer » (7).

Mais c'est surtout la Chambre civile de la Cour de cassation qui dans son arrêt du 8 mai 1867 s'est prononcée en des termes particulièrement nets sur la question de la nature juridique de l'action en répétition des dividendes fictifs. L'arrêt est ainsi rédigé :

« Attendu que, si, de l'indue perception de ces dividendes, naît pour le commanditaire l'engagement de les restituer, cet engagement n'a rien de commun avec l'obligation primitive du même commanditaire, laquelle a été définitivement éteinte par le versement de sa mise ; que ce nouvel engagement, à la différence du premier, n'a pas eu lieu en vue de créer une société commerciale, de fonder son crédit et de prendre part aux bénéfices qu'elle pourra donner ; qu'il résulte uniquement d'un fait involontaire d'indue réception de paiement » (8).

Il résulte clairement de cet arrêt que l'obligation de restituer les dividendes fictifs a sa source dans un fait purement accidentel et non dans la volonté de fonder une société commerciale. La distribution de dividendes fictifs donne ainsi naissance à une nouvelle obligation qui a sa cause dans un paiement indu. Recevoir donc un dividende fictif, c'est recevoir l'indu.

SECTION II. — CONDITIONS LÉGALES DE RÉPÉTITION

L'action en répétition de dividendes fictifs est soumise à des conditions différentes selon qu'il s'agit d'une société par actions, d'une société à responsabilité limitée ou d'une société de personnes. La raison en est que, pour les deux premières existent des textes spéciaux, alors que, pour la dernière il faut se contenter du droit commun.

Il convient donc d'examiner successivement en ce qui concerne la possibilité de la répétition des dividendes indûment distribués aux associés, le régime des sociétés par actions (sociétés anonymes et sociétés en commandite par actions), celui des sociétés par intérêts (sociétés en nom collectif et sociétés en commandite simple), enfin le régime des sociétés à responsabilité limitée.

(7) Cass. Req., 3 mars 1863, D.P. 1863.1.125, S. 1963.1.137.

(8) Cass. civ., 8 mai 1867, S. 1867.1.253, D.P. 1867.1.193.

§ 1. — RÉGIME DES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS

Lorsqu'il est démontré que les dividendes distribués aux actionnaires étaient fictifs, le droit à répétition n'est pas acquis pour cela. La loi de 1867 l'a restreint en ce qui concerne les sociétés par actions dans des limites assez étroites.

Avant cette loi, aucune disposition légale n'avait résolu formellement la question de la répétition de dividendes fictifs. Ni la loi du 17 juillet 1856 (art. 10 et 13) sur les sociétés en commandite par actions, ni celle du 23 mai 1863 sur les sociétés à responsabilité limitée (art. 27 et 31), n'avaient pas, en effet, parlé de l'action en restitution. Ces deux lois prévoyaient simplement la possibilité de distribution aux actionnaires de bénéfices non réellement acquis à la société, et, en comprenant le danger, elles s'efforçaient de les prévenir, en édictant des responsabilités et des sanctions. Mais imitant en cela le Code de commerce, elles avaient complètement négligé de parler des droits des actionnaires lésés par de semblables distributions. Aussi de nombreux procès s'étaient-ils élevés sur le point de savoir si les dividendes fictifs étaient dans tous les cas soumis à la répétition.

Sur ce point, la jurisprudence était divisée.

Dans une première opinion, qui était la plus généralement admise, l'action en répétition de dividendes fictifs pourrait être exercée contre tous les actionnaires sans distinction entre ceux qui étaient de mauvaise foi et ceux de bonne foi (9).

Dans une seconde tendance, certains arrêts, peu nombreux, avaient pris en considération la bonne foi des actionnaires (10). Ils faisaient valoir notamment que si la loi de 1856 ne s'était pas expliquée spécialement sur cette question, elle avait créé des responsabilités, et que par là elle semblait mettre les actionnaires à l'abri des restitutions dès l'instant qu'un inventaire avait été dressé, déclaré régulier par les organes de contrôle et approuvé par l'assemblée générale des actionnaires.

D'autres considérations moins juridiques étaient ajoutées pour étayer cette opinion. On invoquait, comme argument, le souci qu'on devait avoir de l'expansion et du développement des sociétés, les difficultés d'exercer une multitude d'actions en répétition contre un grand nombre d'actionnaires, etc.

Ces considérations ont eu une influence lors de la rédaction de la loi du 24 juillet 1867. De là l'article 10, alinéa 3, aux termes duquel aucune

(9) Cass. Req., 15 nov. 1869, D.P. 1871.1.311, S. 1870.1.216 ; Cass. Req., 3 août 1875, D.P. 1876.1.116, S. 1875.1.425 ; Caen, 16 août 1864, D.P. 1865.2.192, S. 1865.2.33.

(10) Aix, 22 juill. 1862, D.P. 1862.2.148 ; 3 août 1869, D.P. 1871.2.76 ; Alger, 24 mars 1867, D.P. 1867.2.229, S. 1867.2.287.

restitution de dividendes ne peut être exercée contre les actionnaires, si ce n'est dans le cas où la distribution en aura été faite en l'absence de tout inventaire ou en dehors des résultats constatés par l'inventaire. Cette disposition écrite pour les sociétés en commandite par actions est également applicable en vertu de l'article 45, dernier alinéa, de la même loi aux sociétés anonymes.

A. — *Distribution en l'absence de tout inventaire ou en dehors de ses résultats.*

L'article 10, alinéa 3, de la loi de 1867, auquel renvoie l'article 45, prévoit deux hypothèses qui donnent lieu à répétition. Ce sont :

- 1° le cas où une distribution de dividendes serait faite en l'absence de tout inventaire ;
- 2° le cas où la distribution aurait eu lieu en dehors des résultats constatés par l'inventaire.

Dans ces deux cas, l'actionnaire est en faute et doit inévitablement le rapport des dividendes indûment distribués car il est sous le coup d'une rapposition légale de mauvaise foi (11). On peut, en effet, difficilement concevoir de bonne foi l'actionnaire qui ne se serait pas assuré de la confection de l'inventaire ou qui n'aurait pas vérifié si le dividende versé, correspondait au chiffre fixé dans l'inventaire.

Il faut cependant remarquer à cet égard que l'actionnaire des sociétés importantes est en fait incapable de déchiffrer un bilan.

En effet, si l'on regarde les choses de plus près, on s'aperçoit qu'il y a sous la forme de la société par actions deux types bien différents de groupements :

D'une part, des sociétés de petites dimensions qui sont en fait des sociétés de personnes plus que des sociétés de capitaux, et dans lesquelles tous les actionnaires s'intéressent à la marche de l'affaire, peuvent vérifier s'il y a un inventaire ou si le dividende versé correspond au chiffre fixé dans l'inventaire.

De l'autre, les grandes sociétés anonymes, dont les actions sont cotées en Bourse, où les actionnaires ne sont que des apporteurs de capitaux (12). Dans ces sociétés, celui qui souscrit à des actions ou en achète une à la Bourse peut difficilement croire qu'il fait figure d'associé au sens réel du terme. Souvent, il ne connaît même pas la nature et le siège

(11) Hamel et Lagarde, t. I, n° 731 ; Escarra, n° 848, p. 529 ; Houpin et Bosvieux, t. II, n° 1357, p. 598.

(12) V. G. Ripert, Aspects juridiques du capitalisme moderne, 2° éd., n° 38 et s.

de la société, et, en choisissant au hasard les titres que lui désigne son agent de change ou son banquier, se soucie peu du nombre et de la qualité des autres actionnaires ou des organes de la société.

Pourtant, la loi du 24 juillet 1867 ne fait aucune distinction entre les sociétés qui se forment parce que sept associés signent un acte de fondation d'une société et celles qui, par intermédiaire des banques lancent un appel au public pour réunir les capitaux nécessaires. En tout cas, dans les premières, l'action des administrateurs est suivie de près par les actionnaires qui peuvent ainsi à la fois contrôler la société et se renseigner si la distribution de dividendes était faite en l'absence de tout inventaire ou en dehors de ses résultats. Dans les secondes, on imagine mal que les banquiers généralement interposés, ne suivent pas de près la marche des affaires sociales.

D'ailleurs, les deux cas de restitution prévus par la loi de 1867 sont peu fréquents (13). En fait, les administrateurs ou gérants n'auront pas l'imprudence de procéder à une distribution de dividendes sans avoir préalablement établi un inventaire et obtenu un vote favorable de l'assemblée générale. Ils hésiteront également à distribuer un dividende, alors que l'inventaire accuse un déficit. Si les dirigeants de sociétés veulent distribuer des dividendes fictifs, ils auront recours à un inventaire frauduleux, en majorant pour cela les éléments composant l'actif et en diminuant le montant du passif. L'inventaire est ainsi régulier en apparence, il accuse un excédent d'actif sur le passif et le dividende distribué se trouve conforme aux résultats de l'inventaire.

L'article 10, alinéa 3, demeure inapplicable à ces fraudes et, seule, la responsabilité pénale de leurs auteurs se trouve alors engagée dans les termes de l'article 15 — 4°. La loi a ainsi créé une présomption de bonne foi en faveur des actionnaires, bénéficiaires de la distribution de dividendes fictifs, du moment qu'il y a eu inventaire et que la distribution a été effectuée conformément à ses résultats.

Quelle est la portée de cette présomption de bonne foi créée par le législateur en faveur des actionnaires ?

Il a été soutenu que la présomption de bonne foi qui protège l'actionnaire lorsqu'il touche des dividendes fictifs conformément aux résultats de l'inventaire est une présomption légale et exclusive de la preuve contraire (14). Tout se passerait donc, dans cette opinion, comme si la loi avait créé en faveur de tous les actionnaires, c'est-à-dire même de ceux qui auraient connu l'inexactitude du bilan et la fictivité du dividende distribué, une présomption *juris et de jure*.

(13) Hamel et Lagarde, t. I, n° 731 ; Pic et Kreher, t. II, n° 3057, P. 633.

(14) Hamel et Lagarde, t. I, n° 731 ;

Boistel, note sous Paris, 20 janv. 1888, D.P. 1889.2.265.

La Cour de Paris a fait application de cette doctrine en 1888, dans l'affaire de la société « La Clémentine ». La Cour s'exprime sur ce point en ces termes :

« Considérant que l'inexactitude d'un bilan et le caractère fictif du dividende à la distribution duquel ce bilan inexact a servi de base ne suffisent pas (quand bien même ils seraient établis) pour entraîner de plano, et, en toutes occasions, la nullité de la résolution qui a ordonné cette distribution de dividendes ; — Que les articles 10 et 45 de la loi du 24 juillet 1867 disposent qu'aucune répétition de dividende ne peut être exercée contre les actionnaires, si ce n'est dans le cas où la distribution en aura été faite en l'absence de tout inventaire, ou en dehors des résultats constatés par l'inventaire ; Que ni l'une ni l'autre de ces hypothèses limitativement prévues ne se présente dans l'espèce ; — ... considérant que l'article 10 de la loi susvisée est absolu ; qu'il ne fait aucune distinction entre les diverses catégories d'actionnaires ; que Maillet et Lemarchand ne sauraient, sous le seul prétexte qu'ils sont fondateurs, et que l'un d'eux a été administrateur, subir, au point de vue de leurs actions, un sort différent de celui qui est fait au reste des actionnaires » (15).

Mais cette solution, conforme à la lettre de l'article 10 est à juste titre, repoussée par la généralité des auteurs (16).

En effet, il semble impossible d'admettre que le législateur ait voulu protéger des actionnaires de mauvaise foi, des administrateurs coupables de fraude et des associés qui s'en sont rendus complices par un vote répréhensible. Non seulement il est de principe que la fraude fait exception à toutes les règles, mais encore la disposition du troisième alinéa de l'article 10 suppose que les actionnaires étaient de bonne foi. Sans doute, cette disposition suppose que la bonne foi existe par cela seul qu'il y a un inventaire et que la distribution des dividendes est en conformité avec ses résultats. Mais s'il est établi que les actionnaires connaissaient la véritable situation de la société et avaient conscience des inexactitudes de l'inventaire et de la fictivité du dividende qui leur était distribué, ils devront être passibles de l'action en rapport.

Le meilleur argument à l'appui de cette interprétation de l'article 10, alinéa 3, sont les paroles du rapporteur, Mathieu, à la séance du 3 mai 1867 :

« Là où un inventaire a été dressé, vérifié, où la proposition de distribution d'un dividende a été précédée et accompagnée de toutes les garanties extérieures que la loi a organisées, l'actionnaire est autorisé à croire que le dividende est légitimement acquis ; sa bonne foi est présumée, il ne doit pas être exposé à un rapport, à moins qu'on établisse

(15) Paris, 20 janv. 1888, Rev. Soc. 1888, p. 355, D.P. 1889.2.265 ; comp. Lyon, 11 juill. 1873, D.P. 1874.2.209.

(16) Lyon-Caen et Renault, t. II, par Amiaud, n° 891 ; Houpin et Bosvieux, t. II, n° 1357 ; Lacour et Bouteron, t. I, n° 580.

entre lui, le gérant et le conseil de surveillance une complicité véritable pour tromper les tiers sur la véritable situation de la société » (17).

Ainsi, lorsque les dividendes ont été distribués en l'absence d'inventaire ou contrairement aux résultats des inventaires, les actionnaires en doivent la restitution sans pouvoir l'éviter en prouvant leur bonne foi. Mais en dehors de ces deux cas, les actionnaires ne sont obligés à restituer que si les intéressés démontrent que les dividendes ont été perçus de mauvaise foi. La présomption de bonne foi, qui couvre les actionnaires lorsque les dividendes ont été distribués conformément aux résultats des inventaires, est donc une présomption juris tantum, contre laquelle la preuve contraire est admise.

B. — *La fictivité du dividende.*

La règle posée par l'article 10, alinéa 3, de la loi de 1867, concernant l'action en répétition, ne s'applique qu'aux dividendes fictifs, c'est-à-dire ceux qui, en l'absence de tout bénéfice, sont prélevés sur le capital social ou sur les autres éléments patrimoniaux de la société sans l'autorisation expresse de l'organe compétent. Par conséquent, l'action ne sera fondée et ne pourra être accueillie que s'il est prouvé et acquis qu'au jour de la distribution il n'avait été réalisé aucun bénéfice distribuable. Si au contraire les écritures sociales qui sont l'inventaire et le bilan établissent qu'à ce moment il existait des bénéfices suffisants pour couvrir la distribution, l'action sera repoussée. L'irrégularité de la forme de la distribution, c'est-à-dire la distribution sans inventaire ou en dehors des résultats constatés par l'inventaire ne saurait prévaloir sur le fond, ni faire qu'on ne pût disposer des bénéfices réellement acquis à la société.

Rappelons qu'il y a dividende fictif lorsqu'il ne résulte pas d'inventaire ou de bilan un excédent d'actif sur le passif, ce qui se produit surtout lorsque l'actif et le passif n'ont pas été établis régulièrement et d'après les règles que nous avons précédemment exposées.

Ainsi, relativement à l'actif, on a exagéré l'estimation des valeurs, ou on y a fait figurer des créances irrécouvrables, conditionnelles ou litigieuses. On a pu encore y comprendre des bénéfices incertains et non encore réalisés.

Le caractère frauduleux de l'inventaire ou du bilan, d'où résulte la fictivité du dividende, peut à l'inverse résulter de procédés qui minorent les éléments du passif : omission volontaire de certaines pertes, de certaines dettes ou de certaines charges sociales, des amortissements et provisions etc...

Seul le dividende distribué aux actionnaires est soustrait à l'action en répétition dans les cas prévus par la loi. Les travaux préparatoires et l'es-

(17) Discours de Mathieu, rapporteur, in Tripier, t. I, n° 32, p. 134. et s.

prit de la loi nous permettent, en effet, d'affirmer que le législateur de 1867 n'a eu en vue que le seul intérêt des actionnaires. D'ailleurs, l'article 10 ne parle que des dividendes, c'est-à-dire de la part de bénéfices attribuée aux actionnaires en cette qualité. Par conséquent, tous les prélèvements statutaires autorisés au bénéfice des membres du conseil d'administration, des porteurs de parts, des employés intéressés et, en général, de toutes personnes autres que les actionnaires, ne profitent pas (18) des présomptions de l'article 10.

Les dispositions de l'article 10 n'ont trait enfin qu'à la distribution irrégulière de dividendes et ne s'appliquent pas aux sommes payées aux actionnaires à titre d'intérêt fixe ou d'intérêt intercalaire, en exécution d'une clause des statuts autorisant ce paiement par imputation au compte de frais généraux (19).

C. — *Epoque de la répétition.*

La restitution de dividendes fictifs, dans le cas où elle peut être exigée, doit avoir lieu immédiatement. Les actionnaires ne seraient pas par conséquent fondés à demander qu'il fût sursis à la restitution jusqu'à la liquidation de la société (20). Pour admettre cette possibilité il faudrait en revenir à cette doctrine qu'il ne peut exister de bénéfice ou de perte certain qu'à la dissolution de la société et à sa liquidation. Mais cette doctrine, condamnée dès 1810 par la Cour de cassation est aujourd'hui unanimement combattue par la doctrine et la jurisprudence. L'inventaire ou le bilan, grâce auquel les actionnaires ont pu prouver la réalité des dividendes et qui leur a permis de les conserver, se retourne donc contre eux pour servir de base à l'action en restitution (21).

Ceci dit, comme en matière pénale, pour déterminer le moment de la consommation du délit, trois dates peuvent être envisagées pour l'application de l'article 10 :

- 1° la date de la délibération de l'assemblée générale ;
- 2° la date de la mise en distribution effective par décision du conseil d'administration ou la gérance ;
- 3° la date de la perception individuelle par chaque actionnaire.

Mais, nous avons vu que la Cour de cassation considère, tant pour l'appréciation de la date de la consommation du délit que comme pour

(18) Cass. civ., 16 juin 1891, D.P. 1892.1.321 ; S. 1895.1.506 ; Rev. Soc. 1891, p. 428 ; comp. Trib. civ. Avesnes, 17 déc. 1930, Rec. jur. Soc. 1932, p. 126.

(19) Houpin et Bosvieux, t. II, n° 1357 ;
Cass., 26 janv. 1871, D.P. 1871.1.272, S. 1872.1.95.

(20) Houpin et Bosvieux, t. II, loc. cit. ; Caen, 16 août 1864, D.P. 1865.2.192, S. 1865.2.33 ; Bourges, 21 août 1871, D.P. 1873.2.34, S. 1871.2.257.

(21) Caen, 16 août 1864, précité ; Bourges, 21 août 1871, précité.

celle du point de départ de la prescription de l'action pénale, que le dividende est acquis le jour où le gérant ou les administrateurs ont décidé de le mettre à la disposition effective des actionnaires. C'est donc à partir de cette date que l'action en répétition sera ouverte contre les actionnaires qui ont illégalement touché des dividendes fictifs.

§ 2. — RÉGIME DES SOCIÉTÉS PAR INTÉRÊT

Aucun texte spécial ne régit la répétition de dividendes fictifs dans les sociétés en nom collectif et dans les sociétés en commandite simple, des discussions se sont élevées sur le point de savoir si les associés de bonne foi sont à l'abri d'une action en répétition. En d'autres termes, si la solution consacrée par l'article 10, alinéa 3, de la loi de 1867 dans le domaine des sociétés par actions peut être étendue par voie d'analogie aux sociétés de personnes.

Au premier abord, cette question semble ne pas présenter un intérêt puisque tous les associés, sauf bien entendu les commanditaires, sont solidairement tenus du paiement du passif social. Mais cet argument ne vaut pas au regard de la société ni des co-associés. Même en ce qui concerne les créanciers sociaux, l'action en répétition présente un intérêt certain lorsqu'elle est dirigée contre des personnes qui n'ont plus la qualité d'associés et, de ce fait, ne sont pas tenues du paiement du passif contracté postérieurement à leur retraite.

Certains auteurs estiment que les dispositions de la loi de 1867 relatives à la répétition de dividendes fictifs ne sont qu'une application de la règle de l'article 549 du Code civil. Ainsi, admettent-ils la même solution pour les sociétés par intérêts que pour les sociétés de capitaux : Les associés qui perçoivent des dividendes de mauvaise foi sont tenus de les restituer (art. 1378 C. civ.) mais ceux qui ont été de bonne foi échappent à la répétition, grâce à l'article 549 du Code civil d'après lequel le possesseur de bonne foi gagne les fruits.

A cet égard, MM. Lyon-Caen et Renault en repoussant le système contraire écrivent :

« Les principes généraux du droit paraîtraient, au contraire, devoir exiger que les commanditaires de bonne foi ne soient pas tenus de restituer les dividendes fictifs. Ces dividendes sont sans doute, pour la société, une partie de son capital, mais, pour les commanditaires qui les reçoivent, ce sont des revenus, des fruits civils. Les commanditaires sont de véritables possesseurs de bonne foi, pouvant comme tels invoquer les articles 549 et 550 du Code civil. En les obligeant à restituer des sommes qu'ils ont cru constituer de véritables dividendes et qu'ils ont pu employer à leurs besoins, on peut causer leur ruine » (22).

(22) Lyon-Caen et Renault, t. II, par Amiaud, n° 539, p. 519.

Mais cette solution est rejetée, à juste titre, par la jurisprudence et la majorité des auteurs (23).

Sans doute, il n'est pas contestable que l'associé fasse siens les fruits qu'il a perçus de bonne foi. Mais l'associé qui de bonne foi a perçu un dividende fictif, a reçu, comme nous avons vu, un paiement indu. Par conséquent, à défaut de texte spécial, tout intéressé dispose contre lui de l'action en répétition de l'indu. La bonne foi est donc inopérante, car le dividende fictif n'est pas un fruit (24).

Ainsi, l'article 10 de la loi de 1867 qui, par dérogation au droit commun, décide en faveur des actionnaires, qu'aucune répétition de dividendes ne peut être exercée contre eux, si ce n'est dans le cas où la distribution en aura été faite en l'absence d'inventaire ou en dehors des résultats constatés par cet inventaire, ne régit que les seules sociétés par actions.

La Cour de cassation dans son arrêt du 1^{er} juillet 1867 s'est prononcée sur ce point en ces termes :

« Attendu que l'article 10 de la loi du 24 juillet 1867 n'est pas applicable aux sociétés en commandite simple ; — Que, relativement à ces dernières, il ne peut y avoir de dividendes définitivement acquis qu'autant qu'il existe réellement des bénéfices ; — Que, lorsque ces bénéfices n'existent pas, les dividendes indiqués aux inventaires et portés au compte des commanditaires ne peuvent être réclamés par eux ; qu'ils doivent être restitués s'ils ont été encaissés » (25).

Assurément, ces solutions sont très rigoureuses, surtout pour les commanditaires de bonne foi. Cependant, on comprend que la loi se montre plus sévère pour eux que pour les commanditaires parce qu'ils peuvent, en exigeant la communication des livres tenus par les gérants, être plus au courant de la gestion de la société et exercer personnellement un contrôle sérieux sur les inventaires et bilans, moyen qui fait défaut aux actionnaires.

§ 3. — REGIME DES SOCIETES A RESPONSABILITE LIMITEE

L'article 35, alinéa 1^{er}, de la loi du 7 mars 1925 sur les sociétés à responsabilité limitée ouvre contre les associés qui les ont reçus une action en répétition des dividendes ne correspondant pas à des bénéfices réellement acquis.

(23) Hamel et Lagarde, t. I, n° 469 ; Pic et Kreher, t. I, n° 512, t. II, n° 1214 ; Lacour et Bouteron, t. I, n° 584 ; Cass. 1^{re} juill. 1896, D.P. 1898.1.335, S. 1896.I. 452, Journ. Soc. 1896, p. 402.

(24) Ripert et Roblot, t. I, n° 1483 ; Escarra, n° 631.

(25) Cass. civ., 1 juill. 1896, précité.

Ainsi, le principe de la répétition de dividendes fictifs s'écarte dans les sociétés à responsabilité limitée du système institué dans les sociétés par actions par la loi de 1867, pour revenir au droit commun qui régit les sociétés de personnes.

Le législateur de 1925 appuie cette solution sur le fait que, dans une société à responsabilité limitée, les associés sont en petit nombre, directement intéressés à la marche des affaires et inexcusables s'ils l'ont ignorée au point de ne pas connaître l'inexactitude du bilan et la fictivité du dividende qui leur était attribué. Peu importe donc la bonne foi des associés qui ont perçu le dividende fictif, peu importe l'ignorance où ils étaient de l'insuffisance des comptes qui leur ont été présentés. Le législateur présume qu'il leur était possible de se renseigner sur les conditions de l'établissement des comptes et déceler la fraude ou la faute commise par le gérant.

SECTION III. — L'EXERCICE DE L'ACTION EN REPETITION

Nous avons étudié la nature juridique de la répétition et les conditions dans lesquelles l'action en restitution peut être exercée contre les associés ou actionnaires qui ont illégalement touché des dividendes fictifs. Il nous reste maintenant d'examiner certaines questions relatives au droit d'exercice de l'action et aux effets de la condamnation à restitution.

§ 1. — DROIT D'EXERCICE DE L'ACTION

Par qui, contre qui, devant quel tribunal peut être exercée l'action en répétition de dividendes fictifs et quelle est sa durée ?

Telles sont les questions que nous allons successivement nous poser.

A. — *Personnes qui peuvent agir.*

Lorsque l'action en restitution des dividendes indûment reçus par les actionnaires ou associés est ouverte conformément aux règles que nous avons précédemment établies, elle peut être exercée, soit lorsque la société est encore existante et dans le plein exercice de ses droits (26), soit lorsque la société est tombée en faillite ou dissoute. Elle sera donc intentée suivant les circonstances par le gérant ou le conseil d'administration, le liquidateur, le syndic, les créanciers sociaux et les associés.

(26) Houpin et Bosvieux, t. II, n° 1358, p. 599.

Le gérant et les administrateurs sont les organes tout désignés pour agir au nom de l'intérêt social, si la société est in bonis (27). En cas d'inaction du gérant ou des administrateurs, la société pourra agir par l'organe d'un mandataire auquel il serait uniquement dévolu le pouvoir de représenter la société en une ou plusieurs instances déterminées (ad litem).

Si la société est dissoute, le liquidateur a qualité pour exercer l'action en répétition (28). La persistance de la personnalité pendant cette période l'oblige, en effet, à servir l'intérêt social comme si la société était toujours en plein exercice (29). Il examinera ainsi les versements qui restent encore dus sur les apports et devra faire restituer les sommes illégalement prélevées sur le patrimoine social.

En cas d'inaction des représentants légaux de la société, l'action en répétition des dividendes fictifs peut être exercée directement et sans qu'il soit besoin de recourir à l'action oblique ou à l'action paulienne des articles 1166 et 1167 du Code civil, par les créanciers sociaux (30). Elle peut être exercée même par un créancier qui a fait partie du conseil de surveillance ou qui a assisté à l'assemblée qui a voté le dividende fictif. Elle peut l'être encore par l'ancien gérant qui, au moment, où il était en fonctions, avait payé avec ses fonds une dette sociale et s'est trouvé ainsi subrogé aux droits des créanciers (31).

Si la société est tombée en faillite, toutes les actions des créanciers appartiennent au syndic (32).

Mais l'action n'appartient pas seulement à la société et aux créanciers sociaux ; elle appartient aussi aux associés, notamment aux associés nouveaux qui sont venus s'adjoindre à la société après la distribution des dividendes fictifs. Les associés peuvent exercer l'action même pendant l'existence de la société pour faire rentrer dans la caisse sociale les sommes qui n'en auraient pas dû sortir.

B. — *Personnes tenues à la restitution.*

L'action en répétition ne saurait être intentée contre une autre personne que celle qui a reçu le dividende illégalement distribué. Par conséquent, si des actions ont changé de propriétaire entre la distribution de dividendes fictifs et l'exercice de l'action en restitution, ce n'est pas con-

(27) Lyon-Caen et Renault, t. II, par Amiaud, n° 893, p. 479 ; Pic et Kreher, t. II, n° 1215.

(28) Bourges, 21 août 1871, D.P. 1873.2.34, S. 1871.2.257.

(29) V. Bastian, La survie de la personnalité morale de la société pour les besoins de la liquidation, Journ. Soc. 1937, p. 1 et 65.

(30) Cass. Req., 3 août 1875, D.P. 1876.1.116, S. 1875.1.425 ; Caen, 16 août 1864, D.P. 1865.2.192, S. 1865.2.33.

(31) Bourges, 21 août 1871, D.P. 1873.2.34, S. 1871.2.257.

(32) Lyon-Caen et Renault, t. II, par Amiaud, n° 894.

tre le nouveau propriétaire du titre, mais bien contre l'ancien actionnaire qui a profité de la distribution, que l'action doit être intentée (33). L'action est, en effet, comme nous avons vu, une action personnelle, une *condictio indebiti*, qui ne peut atteindre le tiers cessionnaire qui a payé de bonne foi le prix du titre qui lui a été cédé.

L'action est exercée contre celui qui a perçu le dividende fictif, même s'il a agi pour le compte d'autrui et n'aurait pas, par conséquent, conservé le bénéfice de cette perception (34).

En cas de décès de l'associé, c'est à ses héritiers et représentants qu'il appartiendra d'effectuer le rapport des dividendes irrégulièrement distribués (35).

L'action en répétition pourra s'exercer facilement, si les titres sont nominatifs car, dans ce cas, on a la trace de transmissions successives de titres et on sait dans quelles mains ils se trouvaient au moment de la distribution.

Mais si les titres sont au porteur, il sera peut-être difficile, en fait, de découvrir l'actionnaire qui a profité de la distribution. Pourtant cette recherche est facilitée par l'usage en vigueur dans les sociétés, de faire délivrer par la personne qui touche le dividende, une quittance, portant sa signature et son adresse.

C. — *Compétence.*

L'action en restitution des dividendes indûment reçus par les actionnaires ou associés est-elle civile ou commerciale ? Quel sera, en d'autres termes, le tribunal compétent pour en connaître ?

Les auteurs et la jurisprudence sont divisés sur ce point.

Dans une première opinion, l'action en répétition n'est autre chose qu'une action en répétition de l'indu et, comme telle, de la compétence des tribunaux civils (36).

Dans une seconde opinion, on voit surtout dans l'action en répétition une action en versement d'apport. Par conséquent, puisque l'obligation de verser le montant des souscriptions est généralement regardée, quoique la question soit controversée, comme étant une dette commerciale (37), la juridiction consulaire est seule compétente (38).

(33) Houpin et Bosvieux, t. II, n° 1358, p. 600.

(34) Lacour et Bouteron, t. I, n° 582, p. 435.

(35) Houpin et Bosvieux, t. II, n° 1358.

(36) Cass. civ., 8 mai 1867, D.P. 1867.1.193, S. 1867.1.253.

(37) Lyon-Caen et Renault, t. II, par Amiaud, n° 470 ; Ripert et Roblot, t. I, n° 954 ; Escarra et Rault, t. II, n° 591 ; Cass. Req., 25 oct. 1899, D. 1899.1.560, S. 1900.1.65, note Lyon-Caen ; Paris, 31 janv. 1908, D. 1909.2.257, note Levillain, S. 1908.2.208 ; Contra : Pic et Kreher, t. II, n° 876 ; Escarra, n° 701.

(38) Houpin et Bosvieux, t. II, n° 1358 ; Lyon-Caen et Renault, t. II, par Amiaud, n° 892 ; Beudant, note D. 1867.1.197.

La Chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 8 mai 1867, a dénié à l'action en répétition le caractère d'action commerciale. Mais la Chambre des requêtes (39) s'était prononcé en sens contraire le 3 mars 1863, et la compétence de la juridiction consulaire en cette matière est admise par les Cours d'appel (40).

Cette dernière solution paraît plus exacte et doit être approuvée.

En effet, pour juger les difficultés que soulève une demande en répétition des dividendes fictifs, il faut examiner les statuts sociaux et apprécier la sincérité et l'exactitude du bilan. Ce sont là des questions qui ne peuvent être tranchées que par la juridiction commerciale.

D'ailleurs, les actionnaires en remboursant en leur qualité d'associés les dividendes indûment touchés, ne font qu'un acte de commerce. Par application donc de l'article 631 — 2° du Code de commerce, le tribunal de commerce sera seul compétent pour connaître de l'action en restitution des dividendes fictifs.

D. — *Prescription.*

La loi de 1867 ne se borne pas seulement à limiter les cas dans lesquels pourra être exercée l'action en répétition de dividendes fictifs, mais, elle veut de plus, que cette action, lorsqu'elle est ouverte, soit limitée aussi quant à sa durée.

C'est ainsi que, d'après l'article 10, alinéa 4, auquel renvoie l'article 45, l'action en répétition, dans le cas où elle est ouverte, se prescrit par cinq ans.

Cette prescription quinquennale court, d'après le texte, à partir du jour fixé pour la distribution des dividendes. Chaque actionnaire acquiert, en effet, dans certaines conditions précédemment indiquées, à partir de ce jour, un droit privatif sur les dividendes fictifs mis à sa disposition et devient créancier à l'égard de la société. C'est donc la décision du conseil d'administration qui détermine le « jour de la distribution » au sens de l'article 10 de la loi, pour tous les actionnaires alors que ceux-ci ont touché souvent les dividendes à des dates très diverses.

Le fait, pour les actionnaires d'être ainsi exposés pendant cinq années, à une action en restitution des dividendes fictifs, les incite parfois dans la pratique, à demander la confection d'un inventaire sérieux, tant que la prescription n'est pas acquise (41).

(39) Cass. Req., 3 mars 1863, D.P. 1863.1.125, S. 1863.1.137.

(40) Caen, 16 août 1865, S. 1865.2.33 ; Pau, 18 déc. 1865, S. 1866.2.178 ; Bourges, 21 août 1871, D.P. 1873.2.34, S. 1871.2.257.

(41) Orléans, 19 juin 1886, D.P. 1887.2.83, Rev. Soc. 1886, p. 496.

Les dispositions de l'article 10 dérogent au droit commun et, comme telles, ne peuvent être étendues par analogie aux sociétés de personnes. Dans ces sociétés, la répétition des dividendes fictifs est donc soumise à la prescription de droit commun. Pendant trente ans, l'associé qui aura reçu des bénéfices, alors qu'en fait il n'en existait pas, sera ainsi exposé, en vertu de l'article 2262 du Code civil, à une action en restitution.

On pourrait être tenté d'appliquer à cette action la prescription quinquennale en invoquant l'article 2277 du Code civil. Mais cet article doit être écarté, car il est applicable à des prestations payables périodiquement, ce qui ne peut pas comprendre les dividendes fictifs payés accidentellement (42).

Par contre, l'action est soumise à la prescription décennale des obligations entre commerçants prévue par l'article 189 bis du Code de commerce (43) (L. 18 août 1948).

Dans les sociétés à responsabilité limitée, l'action en répétition de dividendes fictifs est, aux termes de l'article 35, alinéa 2, de la loi de 1925, prescrite par cinq ans à partir du jour fixé pour la distribution des dividendes.

Ainsi, la rigueur de la loi en ce qui concerne la possibilité d'exercer indistinctement contre tout associé de bonne ou de mauvaise foi l'action en répétition, est tempérée par la limitation à cinq années de la possibilité d'exercer cette action.

§ 2. — EFFETS DE LA CONDAMNATION A RESTITUTION

Quelles sont les sommes à restituer et quelles sont les conséquences de l'obligation qu'ont les associés et actionnaires de restituer les dividendes illégalement touchés ? Telles sont les questions que nous allons maintenant nous poser.

A. — *Restitution des dividendes fictifs.*

Lorsque les tribunaux ont décidé qu'il y avait lieu à restituer des dividendes fictifs, les actionnaires ou associés sont tenus de restituer l'intégralité des sommes illégalement touchées par eux à ce titre. Ce rapport pourrait excéder leur mise sociale sans qu'ils puissent invoquer leur responsabilité limitée. Il ne s'agit là d'obligations sociales, mais d'une

(42) Hamel et Lagarde, t. I, n° 469, p. 572 ; Douai, 21 mars 1879, S. 1882.I.425, D.P. 1881.I.18 sous Cass., 22 juin 1880.

(43) Hamel et Lagarde, t. I, loc. cit. ; V.G. Toujas, De la prescription en matière commerciale (loi du 18 août 1948, art. 189 bis C. com.), J.C.P. 1949.I. 478.

dette personnelle de restitution de sommes indûment perçues. L'obligation de restituer les dividendes fictifs n'a pas donc d'autre limite que le montant même de ces dividendes.

Il en résulte que la restitution de ce montant est due, alors même que les statuts sociaux renfermeraient une clause portant que les dividendes et intérêts reçus par les associés leur seront irrévocablement acquis et que le rapport ne pourra jamais être exigé, quelles que soient les pertes ultérieures (44). Cette clause ne met à l'abri de toute répétition que le intérêts et dividendes provenant de bénéfices et non ceux qui auraient été distribués alors que la société était en perte. Il en est ainsi alors même que les dividendes et intérêts perçus n'ont pas été effectivement reçus et ont été employés par voie de compensation, à de nouvelles souscriptions. Les actionnaires ne peuvent donc éviter la restitution en tout ou en partie, qu'en établissant que les bénéfices distribués existaient réellement à la fin de l'exercice considéré.

Toutefois, les dividendes et intérêts ne sont pas restituables lorsque les statuts de la société en autorisent le paiement comme charge sociale (45). Il en est de même si les gérants ou administrateurs ont de leurs deniers rapporté à la caisse sociale les sommes qu'ils en avaient indûment distraites pour la distribution (46).

C'est au tribunal qu'il appartient, par l'examen des faits, de déterminer le montant des dividendes indûment perçus.

A cet égard, la Cour de cassation a décidé que ne viole aucune loi l'arrêt qui limite aux intérêts de la commandite l'importance des sommes que le commanditaire est autorisé à retenir, comme les ayant touchées à bon droit, sur les dividendes reçus avant la faillite de la société, et le condamne au rapport du surplus à lui versé, sans inventaire, ni constatation de l'état de la société établissant qu'il y avait bénéfice (47).

B. — *Rapport des intérêts.*

Les actionnaires ou associés seront condamnés à rapporter, outre les sommes qu'ils ont perçues à titre de dividende, les intérêts (48).

Mais à partir de quelle époque les intérêts sont dus ?

(44) Cass. Req., 3 mars 1863, D.P. 1863.1.125, S. 1863.1.137 ; Bourges, 21 août 1871, D.P. 1873.2.34, S. 1874.2.257.

(45) Cass., 7 mai 1878, S. 1880.1.107, D.P. 1879.1.134 ; Cass. 28 juill. 1896, D.P. 1897.1.147, Journ. Soc. 1896, p. 480.

(46) Lyon-Caen et Renault, t. II, par Amiaud, n° 893 ; Houpin et Bosvieux, t. II, n° 1358.

(47) Cass. Req., 25 nov. 1861, S. 1862.1.189, D.P. 1862.1.166.

(48) Cass. civ., 7 nov. 1899, D.P. 1900.1.369, S. 1901.1.513, note Wahl, Rev. Soc. 1900, p. 262 ; Pau, 18 déc. 1865, S. 1865.2.178.

Il a été jugé que ces intérêts couraient seulement du jour de la demande en justice, si les actionnaires étaient de bonne foi (49).

Mais si l'associé est de mauvaise foi les intérêts courent à partir du jour du paiement.

A cet égard, il n'y a pas, en ce qui concerne l'associé, de différence entre les deux opinions relatives à la nature juridique de la répétition.

En effet, pour ceux qui estiment que l'action en restitution n'est autre chose que la répétition de l'indu, les intérêts seront dus à partir du jour du paiement de l'indu et l'article 1378 du Code civil sera applicable.

Si l'on regarde l'action en répétition comme une action en versement d'apport, on fera intervenir l'article 1846 du Code civil 1^{er} alinéa, en vertu duquel tout associé qui n'a pas versé la somme de son apport devient de plein droit débiteur des intérêts de cette somme à partir du jour où elle aurait dû être payée. L'associé serait donc redevable des intérêts à partir du moment où on lui a restitué son apport, puisque son obligation n'est pas autre chose que l'engagement primitif de verser.

A quel taux les intérêts seront-ils dus ?

Nous avons admis que l'obligation de restituer est une obligation commerciale. Par conséquent, c'est au taux du commerce que les intérêts doivent être calculés.

Toutefois, l'intérêt n'est dû qu'au taux statutaire lorsque les statuts ont fixé un taux inférieur comme devant servir de base aux divers rapports des associés avec la société (50).

C. — *Conséquences fiscales.*

Une distribution faite aux associés, lorsqu'elle est imputée sur un compte de bénéfices ou sur un compte de réserves est assujettie à l'impôt unique sur le revenu des personnes physiques, si le bénéficiaire est une personne physique, ou à l'impôt sur les sociétés, si le bénéficiaire est une société assujettie à cet impôt. Tel est notamment le cas de l'intérêt statutaire alloué aux associés à titre de premier dividende, ainsi que du superdividende versé aux associés.

Mais l'origine des fonds est souvent sans influence sur l'exigibilité de l'impôt, et ce dernier est dû, alors même que l'intérêt servi aux asso-

(49) Bourges, 21 août 1871, D.P. 1873.2.34, S. 1871.2.257 ;
Limoges, 2 juill 1897, D.P. 1900.1.369, S. 1900.1.513.

(50) Bourges, 21 août 1871, précité.

ciés, en vertu d'une clause des statuts, sur les sommes par eux versées en libération de leurs titres, est prélevé sur le capital en l'absence de bénéfices (51).

En effet, les bénéfices visés à l'article 109 du Code général des impôts sont, aux termes de l'article 110 du même Code, ceux qui ont été retenus pour l'assiette de l'impôt sur les sociétés (52). Or, l'intérêt alloué aux associés s'il a été porté aux frais généraux, doit pour la liquidation de l'impôt sur les sociétés être réintégré dans les bénéfices imposables.

Mais que décider si les sommes distribuées à titre de bénéfices ont été frauduleusement prélevées sur le capital social ?

Dans ce cas, on se trouve en présence d'une répartition présentant, au point de vue fiscal, le caractère d'un remboursement d'apport, et, par application de l'article 112-1° du C.G.I. l'impôt n'est pas dû et devrait être restitué s'il était payé ; mais pour cela, il est nécessaire que la fictivité des dividendes ait été reconnue ou leur remboursement ordonné par une délibération de l'assemblée générale ou une décision judiciaire (53). L'impôt est, dans ces conditions restituable même s'il n'a pas été procédé régulièrement à une réduction de capital (54).

Lorsque la fictivité des dividendes a été judiciairement constatée, mais que la répétition est impossible par application des règles précédemment indiquées, l'impôt est définitivement acquis si la distribution de ces dividendes est, en fait, imputée non sur le capital social mais sur un compte de réserves. La raison en est que la distribution de ces réserves aurait été elle-même imposable. Mais il n'en est pas de même lorsque la fictivité des dividendes a été reconnue par décision de justice, et, qu'à la suite d'une action judiciaire, un associé restitue les dividendes qui lui avaient été versés. Dans ce cas, la perception de l'impôt manque de base, puisque les dividendes sont restitués.

(51) Cass., 2 juill. 1894, Journ. Soc. 1895, p. 255 ; Cass., 27 déc. 1909, Journ. Soc. 1910, p. 248.

(52) Ripert, Durand et Roblot, t. II, n°s 3208 et s. ; V. Cons. d'Et., 6 avr. 1959, Droit fiscal, 1959, n° 50, Doctr. ;

J. Roche, La notion de revenu distribué dans l'imposition du revenu des valeurs mobilières, Rev. sc. et lég. fin., 1955, p. 319 ; Blancher, La notion fiscale de bénéfices distribués, Gaz. Pal. 1951.I. Doctr. 16 ; P. Courtois, Gaz. Pal. 1959. 2. Doctr. 28 et Gaz. Pal. 27.29 janv. 1960 ; A.N.S.A. Le nouveau régime d'imposition des revenus de valeurs mobilières, 1960 (Brochure n° 127).

(53) Dijon, 12 déc. 1905, Rev. Enreg., n° 2767 ; Saint-Omer, 10 févr. 1934, Rev. Enreg., n° 1297 ; Gaz. Pal. 1939.I.966.

(54) Cass., 25 févr. 1946, Journ. Soc. 1947, p. 133, J.C.P. 1946.II.3192, Rev. Enreg., n° 12055. Cet arrêt cassa le jugement rendu par le Tribunal Civil de Reims le 21 mars 1934, Journ. Enreg., n° 35.452, Rev. Enreg., n° 11298, Sem. Jur. 1939.36.

Notons, pour terminer, que l'I.R.P.P. et l'impôt sur les sociétés sont acquittés en deux temps :

- 1° Les sommes distribuées donnent, d'abord, lieu à une retenue (55) à la source effectuée par la société distributrice.
- 2° Puis, la retenue ainsi effectuée à la source est imputée sur l'I.R.P.P. ou l'impôt sur les sociétés dû par le bénéficiaire.



(55) Cette retenue tient lieu depuis le 1^{er} janvier 1960 de l'ancienne taxe proportionnelle sur le revenu des capitaux mobiliers qui, elle-même, depuis le 1^{er} janv. 1949, remplaçait l'ancien impôt sur le revenu des valeurs mobilières. V. Ripert, Durand et Roblot, t. II, n^{os} 3242 et s.

CONCLUSION

Ainsi, en matière de dividendes fictifs, ce ne sont pas les sanctions légales qui manquent. Toute distribution de bénéfices non réellement acquis à la société comme ne provenant pas des opérations accomplies, est assortie, dans les sociétés par actions et les sociétés à responsabilité limitée, de sanctions pénales sévères, sans préjudice de actions civiles en responsabilité et, sous certaines conditions, des actions en répétition qui appartiennent, indépendamment de la forme de la société, aux victimes de la distribution.

Même l'imputation du dividende sur les réserves, ce qui implique un redressement du bilan, redressement qui doit prendre en considération non seulement les surévaluations de certains postes de l'actif ou les insuffisances de certains postes du passif faisant l'objet des agissements frauduleux des administrateurs ou gérants, mais aussi les inexactitudes de sens contraire, c'est-à-dire celles correspondant aux *bénéfices occultes*, afférents à l'exercice considéré, comporte, depuis l'arrêt « Léonard », les mêmes conséquences pénales et civiles.

Si donc les bénéfices occultes résultant du redressement du bilan sont égaux ou supérieurs aux pertes occultes, aucune atteinte n'est portée aux valeurs sociales et le dividende est réel. Mais si, au contraire, aucun bénéfice occulte ne vient compenser les pertes occultes, les dividendes sont fictifs comme étant en définitive prélevés sur une valeur sociale sans autorisation expresse de l'organe compétent de la société. Dans ces conditions les administrateurs et gérants ont trompé la confiance de l'assemblée générale, quant à l'existence des bénéfices distribués, et porté atteinte à l'épargne. Ils méritent d'être sanctionnés.

Ainsi, la jurisprudence de la Cour de cassation, inaugurée par l'arrêt « Léonard », confirmée et précisée par les arrêts « Moreau », « Rouvier », « Vincent » a-t-elle à juste titre estimé, qu'il est sage, pour la justice, de montrer que si la distribution de dividendes fictifs prend de nos jours des formes nouvelles, il n'en est guère qui échappent à l'application de la loi.

Les deux ordres de conséquences se cumulent, et cela est fort heureux. D'abord, des administrateurs ou gérants vraiment malhonnêtes,

savent organiser à l'avance une insolvabilité de façade ; ensuite, quand il s'agit de sociétés très importantes, le préjudice causé du fait de la distribution de dividendes fictifs peut être tel que la fortune privée des dirigeants responsables ne permettrait pas une réparation.

On peut donc conclure que les victimes de la distribution de dividendes fictifs ont reçu de la loi et de la jurisprudence toute la protection possible sur le terrain de la responsabilité puisque cette distribution, opérée même de bonne foi, engage la responsabilité civile. Elle engage de plus la responsabilité pénale si elle est effectuée de mauvaise foi, c'est-à-dire en connaissance tant de l'inexactitude du bilan que de la fictivité du dividende, le mobile n'entrant pas ainsi dans la définition de l'élément moral de l'infraction, ce qui peut atténuer l'opposition qui, à se manifester trop souvent, devient inexplicable, entre droit pénal financier et droit commun.

Pourrait-on imaginer une protection meilleure des victimes de la distribution ?

Avant de rechercher sur le terrain législatif les moyens propres à mieux sauvegarder les intérêts des créanciers, du public épargnant, des associés et de la société elle-même contre la distribution de dividendes fictifs, il nous semble intéressant de faire quelques remarques sur la nature des problèmes que soulève cette distribution en elle-même et en fonction de l'évolution des sociétés.

Les problèmes relatifs à la distribution de dividendes fictifs sont complexes. En cette matière, on se trouve en effet, ainsi que nous l'avons remarqué au début de notre étude et pu constater à travers ses développements, en face de trois disciplines qui sont considérées distinctes : celle de droit pénal financier, celle de droit de responsabilité civile et celle beaucoup plus souple et en voie de formation de droit comptable. Pour résoudre donc les difficultés juridiques soulevées par cette distribution, il importe avant tout de connaître et d'approfondir les règles qui déterminent le dividende réel. D'ailleurs, toutes les fois que l'application de règles juridiques supposera l'appréciation de la situation patrimoniale soit d'un commerçant, soit d'une société, il sera nécessaire de faire appel à ces règles pour que cette appréciation soit aussi fidèle et précise que possible.

Or, la détermination du bénéfice distribuable sur lequel doit être, en principe, prélevé le dividende est délicate et ne pourra jamais se faire qu'avec un certain degré d'approximation. Certes, l'excédent bénéficiaire d'un exercice, qui motive et justifie la distribution de bénéfices sous forme de dividendes, est exprimé par le bilan. Mais l'absence de règles légales pour l'établissement d'un bilan régulier en dehors du double principe contenu dans l'article 35 de la loi de 1867, crée autant de difficultés d'interprétation lorsqu'il s'agit de savoir quand un bilan est exact ou fait ressortir des bénéfices inexistantes.

En outre, il ne fait pas de doute qu'une certaine subjectivité entache nécessairement l'évaluation de certains postes du bilan qui ne peuvent normalement être appréciés a priori comme c'est le cas notamment des amortissements et provisions. Quant aux autres, qui semblent d'abord pouvoir être saisis plus objectivement, leur évaluation est sujette à de grandes variations suivant le degré d'optimisme ou de prévoyance de ceux qui établissent le bilan ou suivant la préoccupation qui domine leur esprit. Entre autres, le souci d'une gestion prudente à l'extrême est parfois incompatible avec les règles d'évaluation exigées par le fisc.

De plus, la conjoncture économique est susceptible d'avoir, elle aussi, une influence importante sur l'établissement du bilan de sorte qu'on ne peut pas comparer efficacement les éléments semblables de deux bilans qu'en tenant compte des variations de cette conjoncture suivant l'époque, le lieu et le genre d'activité des entreprises intéressées.

Enfin, le manque de précision des expressions comptables est susceptible d'ouvrir la porte à des divergences d'interprétation sur la nature de certains éléments du bilan et d'aboutir, ainsi, à des présentations et même des résultats différents.

On voit, ainsi, clairement que la tenue de la comptabilité de sociétés, qui a des incidences juridiques très importantes, obéit à des règles compliquées qui peuvent être enfreintes sans intention frauduleuse même par les plus honnêtes administrateurs et gérants. Le licite et l'illicite en matière de dividendes sont donc étroitement mêlés et une réglementation précise est nécessaire pour y tracer une ligne de démarcation.

D'autre part, le développement de la vie économique a amené la constitution de sociétés auxquels ne correspond plus le type classique des sociétés par actions, tel que le prévoyait la loi de 1867. Ceux qui entrent dans une société anonyme notamment ne sont plus mêlés à la vie sociale. Ils n'exercent aucun contrôle réel et aucune surveillance effective sur les administrateurs, et se contentent tout simplement de toucher des dividendes. Au régime démocratique de la société anonyme s'est, ainsi, peu à peu substitué un système oligarchique où les prérogatives de l'assemblée générale se trouvent presque entièrement abandonnées aux mains du conseil d'administration. Les actionnaires, dans leur immense majorité, ne se manifestent que par l'envoi aux dirigeants de pouvoirs en blanc. Seuls assistent à l'assemblée les propriétaires d'un paquet important d'actions. Ils constituent le plus souvent un groupe rival qui entreprend d'attaquer les dirigeants en place, pour se substituer à eux. L'inefficacité, d'autre part du contrôle exercé par les commissaires de surveillance conduit, avec l'absentéisme des actionnaires, à un renforcement des pouvoirs effectifs des administrateurs ou plus exactement, du président-directeur général. Cet état de choses a été, comme on sait, unanimement dénoncé aussi bien par la jurisprudence que par la doctrine.

Telles sont les observations que suggèrent l'application de la législation sur les répartitions de dividendes fictifs, la nature des problèmes soulevés par ces distributions et l'évolution des sociétés commerciales.

Aussi, serait-il souhaitable que le législateur, prenant en considération ces observations, prévoit, à côté des sanctions et réparations qui interviennent une fois le dommage et la manœuvre frauduleuse réalisés, un contrôle plus efficace des actionnaires et des commissaires de surveillance, d'une part, et une réglementation légale du bilan, d'autre part.

En ce qui concerne le contrôle des actionnaires, il faudrait, en tenant compte du fait que l'immense majorité des actionnaires, 85 % d'après une enquête par sondage menée par l'Office Dourdain (Combien de Français, comment les Français épargnent, in *La Vie Française*, 5 juin 1953) ne se déplacent pas pour venir voter, améliorer le système de leur information, base de tout contrôle efficace.

Sur ce point, l'article 3 de l'ordonnance du 4 février 1959 contient des dispositions fort intéressantes. Elles permettent, en effet, à tout actionnaire d'obtenir, dans les quinze jours suivant la demande écrite par lui et adressée à la société, copie du bilan, du compte de pertes et profits approuvés par la dernière assemblée générale, ainsi que le montant du chiffre d'affaires pour l'exercice correspondant et copie de l'inventaire détaillé des valeurs mobilières détenues par la société à la clôture de cet exercice.

Il faut dès lors regretter que ce mode de diffusion ne s'applique, comme il est précisé, que, d'une part, aux écritures sociales approuvées par la dernière assemblée générale — mais pour avoir une vue exacte et précise de la situation de la société et de la marche de ses affaires, il est nécessaire de comparer ces documents avec ceux des exercices précédents — et, d'autre part, aux sociétés cotées dont le bilan dépasse dix millions.

A côté des actionnaires, toutes les personnes étrangères à la société et appelées à entretenir avec elle des rapports d'ordre pécuniaire ont, elles aussi, intérêt à prendre connaissance de certaines informations précises pour être tenues au courant de la situation de la société.

A cet égard, l'ordonnance du 4 février 1959 a organisé, sur le plan législatif, une information meilleure des épargnants.

C'est ainsi que toute personne a la possibilité désormais, par la simple lecture du B.A.L.O., de prendre connaissance du bilan et du compte de pertes et profits, du montant du chiffre d'affaires pour l'exercice correspondant, de l'inventaire détaillé du portefeuille lors de la clôture du même exercice, des indications sommaires et chiffrées sur la marche des affaires au cours du semestre écoulé d'un exercice, comparées aux résultats obtenus au cours de la même période pour l'exercice précédent.

Mais les sociétés qui sont tenues à cette publication sont celles dont les titres, aux termes de l'article premier de l'ordonnance, sont inscrits à la cote officielle d'une bourse des valeurs ou à une cote de courtiers en

valeurs mobilières (1), à la condition que leur bilan dépasse dix millions.

En ce qui concerne le contrôle des commissaires de surveillance il faudrait, tout le monde en convient, le rendre plus efficace. L'efficacité de ce contrôle dépend non seulement de la compétence des commissaires mais aussi de leur indépendance par rapport aux administrateurs ou gérants contrôlés. La loi du 24 juillet 1867 faisait confiance au libéralisme. N'importe qui pouvait être désigné pour n'importe quelle société.

Cependant, en vue d'assurer l'indépendance ou la moralité des commissaires, le décret-loi du 8 août 1935 modifiant l'article 33 de la loi de 1867 a édicté : des incompatibilités d'ordre familial (parents ou alliés jusqu'au 4^e degré, conjoint d'un apporteur ou fondateur), — des incompatibilités d'ordre économique (personnes rémunérées pour une fonction autre que celle de commissaire, soit par un apporteur, soit par un fondateur ou par une société souscrivant plus de 10 % du capital), — des causes d'indignité (personnes auxquelles sont interdites les fonctions de gérant ou d'administrateur).

A ces garanties légales d'indépendance, la jurisprudence en ajoute une très importante : l'irrévocabilité sauf justes motifs pendant la durée de trois ans du mandat, ce qui conduit d'ailleurs à s'interroger sur l'exactitude de la qualification de mandataire. Il est intéressant de souligner que cette solution jurisprudentielle a été retenue par les rédacteurs de l'avant-projet de loi portant réforme du droit des sociétés.

Mais si le décret-loi du 8 août 1935 a bien amélioré le droit antérieur, il n'en est pas moins vrai qu'on demeure malgré tout loin de la perfection. Il faut, en effet, reconnaître que la mission légale qui est confiée aux commissaires aux comptes est hors de proportions avec ce qui peut être exigé d'eux ; matériellement, les commissaires ne peuvent, dans le délai trop court qui leur est imparti, exercer un contrôle efficace.

En effet, si l'inventaire, le bilan et le compte de pertes et profits leur sont bien remis quarante jours avant la date de l'assemblée générale, ils doivent déposer leur rapport au moins quinze jours avant la tenue de cette réunion. Le délai effectif, ramené ainsi à vingt cinq jours est manifestement insuffisant pour exercer un contrôle réel surtout lorsqu'il s'agit d'une grande société.

Dans ces conditions, l'efficacité du contrôle dépend pour une large part du choix judicieux des vérifications à entreprendre, lequel nécessite

(1) La loi du 29 juillet 1961 a mis fin au régime de la loi de 1942 en décidant la fusion du marché officiel de Paris et du marché des courtiers ; toutes les négociations de ce marché unifié doivent être effectuées par des agents de change. La mise en vigueur du nouveau régime a été fixée au 1^{er} janvier 1962 par le décret du 30 octobre 1961.

des commissaires une connaissance détaillée et une maîtrise absolue des problèmes qui leur sont soumis.

Or, en ce qui concerne les garanties de compétence des commissaires, elles n'interviennent que dans les sociétés faisant appel à l'épargne publique. Celles-ci doivent, en effet, depuis le décret-loi du 8 août 1935 avoir au moins un commissaire agréé, c'est-à-dire inscrit sur une liste établie par la Cour d'appel, inscription subordonnée à des garanties particulières de compétence. Ils doivent posséder certains titres (expertise comptable, licence en droit, diplômes de certaines Ecoles et Instituts) et subir un examen professionnel spécial. Dans chaque Cour d'appel, ils sont obligatoirement groupés en une compagnie ayant en principe le pouvoir disciplinaire.

Quant aux autres sociétés, le législateur ne pose aucune condition pour le choix et la compétence professionnelle des commissaires qui, au demeurant, s'ils sont bien nommés par les actionnaires, en réalité c'est le conseil d'administration qui, grâce à l'absentéisme et aux mandats en blanc, exerce ces prérogatives sous couvert de l'assemblée générale.

Pour remédier donc aux abus, il faudrait, nous semble-t-il, en ce qui concerne les commissaires, faire recours à des spécialistes en leur donnant les plus larges pouvoirs d'investigation et en leur accordant, préalablement à l'assemblée générale, le temps nécessaire, et en autorisant la minorité des actionnaires représentant une certaine fraction du capital social à demander la nomination d'un commissaire autre que celui déjà en fonction.

En ce qui concerne le bilan, il faudrait, sans entrer dans des détails qui sont d'ordre plus technique que juridique, réglementer l'établissement de ce document en éliminant les principales causes d'obscurité, notamment l'emploi du même terme pour désigner des valeurs différentes, et l'arbitraire dans les estimations. Ce qu'il faut donc chercher à obtenir c'est un bilan sincère, clair, précis, dont les évaluations ne soient pas laissées à la liberté des administrateurs ou gérants. La diversité des règles proposées pour les évaluations de l'actif ouvre en effet, à défaut d'une réglementation précise, la porte à des contestations derrière lesquelles ceux qui sont chargés de la confection du bilan ne manqueront pas de se retrancher lorsqu'ils seront inculpés pour avoir distribué des dividendes fictifs. Cependant, il est hors de doute, qu'une controverse doctrinale ne saurait être haussée à la dignité d'un fait justificatif excluant sinon la faute tout au moins la mauvaise foi. Dans le cas contraire, l'adage *nemo censetur ignorare legem* risquerait de trembler sur ses bases. Il est donc étrange de punir la distribution de dividendes fictifs au moyen d'un faux bilan sans préciser au préalable ce qu'est un vrai bilan.

La plupart des législations modernes pour échapper à cette difficulté ont cru devoir poser des règles précises sur les bilans qui, en raison encore des dévaluations successives de monnaies, au lieu de fournir une

« photographie » de la situation réelle de l'entreprise, la déformaient totalement.

En France, le législateur s'est orienté progressivement depuis 1935 vers une réglementation de plus en plus étroite des bilans, orientation dont la grande étape a été l'ordonnance du 15 août 1945. Ainsi, l'existence de certains principes traditionnels dégagés par la jurisprudence, l'adoption par de nombreuses sociétés du modèle proposé par le Plan comptable de 1947, révisé par le Plan comptable approuvé par un arrêté ministériel du 11 mai 1957, et le respect par les mêmes sociétés des règles fixées par un décret du 7 août 1958 permettent-ils de mieux préciser l'aspect d'un bilan traduisant un dividende fictif.

Dans ces conditions et compte tenu du fait que l'assemblée générale est aujourd'hui dans toutes les grandes sociétés l'organe le plus inefficace, un organe fictif au point qu'on a proposé la création des actions sans droit de vote, un contrôle plus efficace pourrait être établi dans les sociétés, et l'introduction dans la législation française des sociétés d'une réglementation des bilans par adoption et amélioration des mesures comptables prises jusqu'à présent pour des raisons fiscales, serait plus facile à réaliser en vue d'apporter ordre et clarté ainsi qu'une base solide à la science des bilans.

En définitive pour lutter plus efficacement contre la fraude et pour mieux protéger les victimes de la distribution de dividendes fictifs dont trop souvent se rendent coupables certains administrateurs ou gérants, deux réformes, à notre avis, s'imposent dans la législation des sociétés : La réforme de la présentation des comptes aux actionnaires et la réforme du contrôle de ces comptes, et il est impossible de faire la première sans la seconde.

A cet égard on ne peut que louer les membres de la Commission de réforme du Code de commerce et des sociétés d'avoir apporté dans un avant-projet des solutions neuves et justes.

Mais il faut reconnaître qu'il ne suffit pas d'instituer une législation qui paraît répondre à tous les besoins, pour que ses résultats soient en tous points conformes au but que se sont proposés ceux qui l'ont établie, car la bonne et loyale gestion des sociétés est une question de mœurs et de moralité publique d'honneur tout autant sinon plus qu'une question de législation.

Vu, le Président

signé : GASTON LAGARDE

Vu, le Doyen de la Faculté
de Droit et des Sciences Economiques

signé : VEDEL

Vu et permis d'imprimer,
le Recteur de l'Académie de Paris,

signé : J. ROCHE

BIBLIOGRAPHIE

TRAITES & OUVRAGES GENERAUX

- AMIAUD (André). — Traité théorique et pratique des comptes de réserves dans les sociétés par actions, 2° éd., 1920.
- ARTHUYS (F.). — Traité des sociétés commerciales, 3 vol., 3° éd., 1916-1919.
- AUBERT-KRIER (Jean). — Gestion de l'entreprise, 1962.
- BATARDON (Léon). — L'inventaire et le bilan, 9° éd., 1950.
- BOUZAT (P.) et PINATEL (J.). — Traité de droit pénal et de criminologie, 3 vol., 1963.
- CAUJOLLE (Paul). — Le droit pénal des affaires, 1942.
- CHARPENTIER (Jacques) et HAMELIN (Jacques). — Traité pratique des bilans et inventaires, 2° éd., 1933.
- CHEVALLIER (Jean). — La charge de la preuve, Cours de doctorat 1958-1959. Les cours de droit.
- COHEN (Albert). — Traité théorique et pratique des fonds de commerce, 2 vol., 2° éd., 1948.
- CONSTANTIN (Léon) et GAUTRAT (Albert). — Traité de droit pénal en matière de sociétés, 1937.
- COPPER-ROYER. — Traité des sociétés anonymes, 5 vol., 4° éd., 1931.
- CORNU (Gérard) et FOYER (Jean). — Procédure civile, 1958, supplément 1960.
- CUCHE (Paul) et VINCENT (Jean). — Précis de procédure civile, 13° éd., 1963.
- DALSACE (André). Le bilan, sa structure — ses éléments, 2° éd., avec le concours de Maurice MAREUSE, 1958.
- DEMOGUE (René). — Traité des obligations en général, 7 vol., 1923.
- DONNEDIEU de VABRES (H.). — Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée, 3° éd., 1947.

- ESCARRA (Jean). — Cours de droit commercial, 1952.
- ESCARRA (Jean) et (Edouard) et RAULT (Jean). — Traité théorique et pratique de droit commercial. Les sociétés commerciales, 4 vol., 1950-1959.
- ESMEIN (Paul). — La responsabilité civile, Cours de doctorat, 1949-1950. Les Cours de droit.
- FOLLIET (Edouard). — Le bilan dans les sociétés anonymes du point de vue juridique et comptable, 6° éd., Lausanne, 1954.
- GARSONNET (E.) et CEZAR-BRU (C.). — Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale, 9 vol., 3° éd., 1912-1925, suppléments 1931 1933, 1938.
- HAMEL (Joseph). — Cours de droit commercial complémentaire 1955-1956. Les Cours de droit.
- HAMEL (Joseph) et LAGARDE (Gaston). — Traité de droit commercial, t.I, 1954.
- HEMARD (Joseph). — Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait, 2° éd., 1927.
- HOUPIN (Charles) et BOSVIEUX (Henri). — Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations, 3 vol., 7° éd., 1935.
- JAPIOT (René). — Traité élémentaire de procédure civile et commerciale, 3° éd., 1935, supplément 1939.
- JULLIOT de la MORANDIERE (Léon). — Traité de droit civil (d'après le traité d'Ambroise COLIN et Henri CAPITANT) t.I 1957, t.II 1959.
- LACOUR (Léon) et BOUTERON (Jacques). — Précis de droit commercial, 3° éd., 1925.
- LAIR (J.). — Etudes analytiques de bilans commerciaux, industriels et financiers, préface M. PATIN, Paris, 1961.
- LALOU (Henri). — Traité pratique de la responsabilité civile, 6° éd., par Pierre AZARD, 1962.
- LASSEGUE (Pierre). — Gestion de l'entreprise et comptabilité, 1960, 2° éd., 1962.
— Comptabilité de l'entreprise, 1961.
- LAUNAI (H.), DE LA VILLEGUERIN (Y.) et ACCARIAS (L.). — Droit pénal financier, 2 vol., 1947.
- LESCOT (P.) et ROBLLOT (R.). — Les effets de commerce. Lettres de change, billets à ordre et au porteur, warrants, 2 vol., 1953.
- LYON-CAEN (Ch.) et RENAULT (L.). — Traité de droit commercial, t.II, Les sociétés, 5° éd. par André AMIAUD, 2 vol., 1926-1929.
- MATHIEU (Auguste) et BOURGUIGNAT. — Commentaire abrégé de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés, 1868.
- MAZEAUD (Henri). — L'évolution de la responsabilité civile, Cours de doctorat 1940-1941. Les Cours de droit.
- MAZEAUD (Henri, et Léon et Jean). — Leçons de droit civil, 3 vol. 1° éd. 1955-1960, 2° éd. t.I 1959, t.II 1962.

- MAZEAUD (H. et L.), et TUNC (André). — Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle, 3 vol., 5° éd. 1957-1960.
- MOREL. — La réparation du préjudice, Cours de doctorat 1951-1952. Les Cours de droit.
- PATIN (Paul) et CAUJOLLE (Paul). — Législation pénale en matière commerciale, 1943.
- PATIN (P.), CAUJOLLE (P.) et AUDALOT (M.). — Droit pénal général et législation pénale appliquée aux affaires, 3° éd. refondue par J. ROBERT, 1961.
- PIC (Paul) et KREHER (Jean). — Des sociétés commerciales (ancienne collection Thaller), 3° éd., t. I 1940, t. II 1948.
- PINOTEAU (Charles). — Législation pénale en matière économique et financière, 1959.
- PONT (Paul). — Sociétés civiles et commerciales, 2 vol. 1877-1878.
- QUESNOT (L.). — Administration financière, méthodes comptables et bilans, 5° éd. 1933.
- RAULT (Jean). — Traité théorique et pratique des parts de fondateur et des groupements de porteurs de parts de fondateur, 1930.
- RIPERT (Georges). — Traité élémentaire de droit commercial, 4° éd. avec le concours de Paul DURAND et René ROBLLOT, 3 vol. 1959-1961 ; 5° éd. par ROBLLOT, t. I 1963.
- RIPERT (G.) et BOULANGER (Jean). — Traité de droit civil (d'après le traité de PLANIOL), 4 vol. 1956-1959.
- ROUSSELET (Marcel) et PATIN (Maurice). — Délits et sanctions dans les sociétés par actions, 1938.
— Précis de droit pénal spécial (devenu à partir de la 7° éd. droit pénal spécial), 6° éd., 1950, supplément 1953 ; 7° éd., 1958, supplément 1959.
- SAVATIER (René). — Traité de la responsabilité civile en droit français, 2 vol., 2° éd., 1951.
— Droit des affaires, 1962.
- STEFANI (Gaston). — La primauté du criminel sur le civil, Cours de doctorat 1953-1954. Les Cours de droit.
- STEFANI (G.) et LEVASSEUR (Georges). — Droit pénal général et criminologie, 2° éd., 1961.
— Procédure pénale, 2° éd., 1962.
- SOLUS (Henri) et PERROT Roger. — Droit judiciaire privé, 2 vol., t. I, 1962.
- STROHL (Pierre). — Les comptes et le bilan des entreprises, 1953.
- TCHERNOFF (J.). — Traité de droit pénal financier, 3 vol. et 2 suppléments, nouvelle édition, 1931, 1° supp. 1936, 2° suppl. avec additif, 1937.
- THALLER (Edmond) et PERCEROU (Jean). — Traité élémentaire de droit commercial, 2 vol. et supplément, 8° éd. 1931, suppl. 1936.
- THIELLAND (J.). — Traité de comptabilité technique, juridique et économique, 1954.

- TRIPPIER (Louis). — Commentaire de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés, 2 vol., 2^e éd., 1879.
- VAVASSEUR (A.). — Traité des sociétés civiles et commerciales, 2 vol., 6^e éd., 1910.
- VIDAL (Georges) et MAGNOL (Joseph). — Cours de droit criminel et de science pénitentiaire, 2 vol., 9^e éd., 1949.
- VOUIN (Robert) et LEAUTE (Jacques). — Droit pénal et criminologie, 1956.
- WAHL (Albert). — Précis théorique et pratique de droit commercial, 1922.

★★

THESES

- BARRAULT (Alain). — La notion de dividendes fictifs, Paris, 1937.
- BECQUEY (Adrien). — La distribution de dividendes fictifs, Bordeaux, 1939, Paris, 1939.
- BERR (Claude). — L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales, Grenoble, 1961, avec une préface de F. Givord, Paris, 1961.
- BESNARD (Paul). — Du rôle et de la forme d'investissement des réserves dans les sociétés industrielles et commerciales, Paris, 1927.
- BLANCHENAY. — Le compte Profits et Pertes et la distribution des bénéfices dans les sociétés, Paris, 1935.
- BODVIN (Louis). — La responsabilité civile des personnes morales de droit privé, Lille, 1933.
- BONNET (Lucien). — Le but, élément constitutif du délit spécialement dans les lois nouvelles, Montpellier, 1934.
- BOSVIEUX (Albert). — Souveraineté de l'assemblée extraordinaire des sociétés par actions, Paris, 1933.
- BRUN (André). — Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle, avec une préface de L. JOSSERAND, Lyon, 1930.
- CABOT (Henri). — Les provisions dans le droit des sociétés, Paris, 1954, dactyl.
- CANTENOT (Georges). — De la réduction du capital social dans les sociétés anonymes, Paris, 1934.
- CASTIER (Georges). — Des actions individuelles et des actions sociales appartenant aux actionnaires dans les sociétés par actions, Lille, 1929.
- CHALARON (Louis). — L'augmentation du capital social par incorporation des réserves dans les sociétés anonymes, Strasbourg, 1935.

- CHALLAMEL (Pierre). — La réserve de réévaluation, Paris, 1958, dactyl.
- CHAMPAUD (Claude). — Le pouvoir de concentration de la société par actions, Rennes, 1961, avec une préface d'Yvon LOUSSOUARN, Paris, 1962.
- CHAPUS (René). — Responsabilité publique et responsabilité privée, Paris, 1952, avec une préface de M. WALINE, 1^o éd. 1953, 2^o éd. 1958.
- CHEVALLIER (Robert). — Les décrets-lois de 1935 et 1937 et la responsabilité pénale des administrateurs de sociétés anonymes, Rennes, 1938.
- CHEVRIER (Antoine). — Les effets de la faillite sociale sur les dirigeants de sociétés, Paris, 1954, dactyl.
- COPPENS (Pierre). — L'abus de majorité dans les sociétés anonymes, Paris, 1947.
- CORDONNIER. — De l'égalité entre actionnaires, Paris, 1924.
- COURTEAUD (Paul). — Essai sur l'évolution dans la jurisprudence récente du principe de l'autorité au civil de la chose jugée au criminel, Grenoble, 1938.
- COUSIN (Gilbert). — Etude juridique du groupe industriel constitué par une société mère et ses filiales, Nancy, 1950.
- COUSIN (Michel). — Le bénéfice distribuable et sa répartition entre les Ayants droit dans les sociétés anonymes, Nancy 1951.
- COUTELLIER (Georges). — Contribution à l'étude de la responsabilité civile des administrateurs des sociétés anonymes, Lyon, 1938.
- CREPIN-LEBLOND (Georges). — La distribution des réserves et les problèmes fiscaux qu'elle soulève, Paris, 1926.
- DAVAL (Jean). — Les amortissements et les réductions du capital dans les sociétés par actions, Lyon, 1932.
- DAVID (René). — La protection des minorités dans les sociétés par actions, Paris, 1928.
- DELAFFON (Jacques). — De la responsabilité civile des administrateurs des sociétés anonymes envers la société en cours de vie sociale, Grenoble, 1939.
- DESANDRE-NAVARRÉ (Claude). — Les directeurs généraux de sociétés anonymes, Paris, 1960, dactyl.
- DEVIES (Lucien). — Détermination de la valeur vénale, étude économique, juridique et fiscale, Paris, 1937.
- ESTAVIALLE (René). — De la clause d'intérêts fixes en droit français, Toulouse, 1929.
- FASSIER (Jean). — La responsabilité civile des administrateurs et la gestion de la société anonyme, Paris, 1944.
- FAVIER (Joseph). — La relation de cause à effet dans la responsabilité quasi délictuelle, Paris, 1951, dactyl.
- FELLUS (Gilbert). — Etude sur la notion de capital social et sa fixité, Paris, 1950, dactyl.

- FOYER (Jean). — De l'autorité de la chose jugée en matière civile, Paris, 1954, dactyl.
- GARAUD (L.). — L'intérêt pour agir en justice. Contribution à la notion d'intérêt en droit positif, Poitiers, 1959.
- GEGOUT (Maurice). — Filiales et groupements des sociétés, Paris, 1929.
- GOZARD (Gilles). — La responsabilité du président du conseil d'administration des sociétés par actions depuis la loi du 16 novembre 1940, Paris, 1941.
- GRIFFON (René). — De l'intention en droit pénal, Paris, 1911.
- GROS (René). — L'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil et la notion de faute, Montpellier, 1928.
- GUERY (Jean). — Prescription de l'action civile en responsabilité des administrateurs des sociétés anonymes, Paris, 1946, dactyl.
- GUYENOT (Jean). — La responsabilité des personnes morales publiques et privées. Considérations sur la nature et le fondement de la responsabilité du fait d'autrui, Lyon, 1953, avec une préface de J. CARBONNIER, Paris, 1959.
- HALLER (Marguerite). — Essai sur l'influence du fait et de la faute de la victime sur son droit à réparation, Paris, 1926.
- HAUTCŒUR (René). — Les apports à prestations successives ou continues dans les sociétés, Lille, 1928.
- HAYEM. — Domaines respectifs de l'association et de la société, Paris, 1907.
- HEBRAUD (Pierre). — L'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil, Toulouse, 1929.
- HEROUART. — Le contrôle judiciaire des pouvoirs de l'assemblée générale ordinaire des sociétés par actions, Paris, 1932.
- HEURTEUX (Claude). — L'information des actionnaires et des épargnants. Grenoble, 1960, avec une préface de A. TUNC et un avant-propos de F. GORE, Paris, 1961.
- HOMMEY (Etienne). — La responsabilité personnelle des administrateurs dans la gestion des sociétés anonymes, Paris, 1936.
- HYBORD (Jacques). — Le problème de l'évaluation des apports en nature dans les sociétés par actions et les sociétés à responsabilité limitée, Lyon, 1930.
- ISSELE (Lucien). — La responsabilité civile et pénale des commissaires dans les sociétés anonymes, Paris, 1941.
- KAYSER. — Sociétés et associations, Nancy, 1928.
- KRAFFT (Geneviève). — Du contrôle de la Cour de cassation sur les éléments de la responsabilité civile, Paris, 1942.
- LACOMBE (Jean). — Les réserves dans les sociétés par actions, Nancy, 1961, avec une préface de R. ROBLOT, Paris, 1962.
- LECERCLE (Jacques). — Bilans et monnaie, Paris, 1946.

- LEFAIVRE (Henri). — La régularité du bilan des sociétés par actions, Paris, 1940.
- LEGEAIS (Raymond). Les règles de preuve en droit civil, avec une préface de R. SAVATIER, Poitiers, 1955.
- MARTY (Gabriel). — La distinction du fait et du droit, Toulouse, 1929.
- MEYSSAN. — Les droits des actionnaires et des autres porteurs de titres dans les sociétés anonymes, avec une préface de J. BRETHER de la GRESSAYE, Paris, 1962.
- MOITESSIER (Pierre). — De la tentative d'escroquerie, Aix, 1907.
- MOURET (Henri). — Responsabilité des fondateurs et administrateurs des sociétés anonymes, Toulouse, 1894.
- NOURISSAT (Emile). — Des éléments constitutifs du délit de distribution de dividendes fictifs, Dijon, 1906.
- PERROUD (Jean). — De l'exercice des actions judiciaires par les actionnaires, Lyon, 1901.
- PICHON. — Les caractères distinctifs des associations, Paris, 1905.
- PRIEUR (Paul). — Des sanctions encourues par les administrateurs d'une société anonyme au cas de faillite de la société, Paris, 1948, dactyl.
- PROSPERT (Pierre). — Les amortissements industriels en droit commercial et en droit fiscal, Toulouse, 1934.
- RABUT (Albert). — De la notion de faute en droit privé, Paris, 1948.
- RENARD (Jacques-Claude). — La répartition des pouvoirs entre les organes de la société anonyme, Paris, 1958, dactyl.
- RIVES (L.). — Obsession fiscale et administration des entreprises, 1959.
- ROCHE (G.). — De la relativité des bilans, ses causes et ses conséquences, Grenoble, 1932, Paris, 1932.
- SABEAU-JOUANNET (Henri). — Le conseil d'administration considéré comme une entité, Strasbourg, 1941.
- SAUVADET (Laurent). — De la règle « Le criminel tient le civil en état », Paris, 1951, dactyl.
- STARCK (B.). — Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée, avec une préface de M. PICARD Paris, 1947.
- TALANDIER (J.). — Responsabilité pénale et civile des liquidateurs, Paris, 1949, dactyl.
- VANHAECHE (Michel). — Les groupes des sociétés, Caen, 1957, Paris, 1959.
- VENDAMME (Jeanne). — De la prime imposée aux souscripteurs, Paris, 1928.
- VERNON (Guy). — Le président-directeur général dans les sociétés anonymes, Paris, 1951, 2^e éd., 1958.
- VIAL (Auguste). — Des délits commis à l'occasion des sociétés commerciales, Paris, 1906.

OUVRAGES SPECIAUX ET MONOGRAPHIES

- AMIAUD (André). — L'évolution du droit des sociétés par actions, in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle. Etudes offertes à Georges RIPERT*, t. II, p. 287-295, 1950.
- A.N.S.A. — Les rémunérations des présidents, administrateurs et gérants de sociétés par actions. Régime juridique et fiscal, br. 68, 1951 ; br. 81, 1955.
- Filiales et participations. Régime juridique et fiscal, br. 93, 1957.
 - Le nouveau bilan type. Décret du 7 août 1958, br. 95, 1958.
 - Le nouveau régime d'imposition de revenus de valeurs mobilières. Instruction administrative, br. 127, 1960.
 - Le nouveau régime d'amortissement dégressif des biens d'équipement. Texte et commentaire administratif, br. 131, 1960.
 - La révision des bilans, br. 133, 1961.
 - Les provisions pour fluctuations des cours, br. 134, 1961.
 - Les provisions pour hausse des prix, br. 135, 1961.
- BECHADE (Alban). — L'amortissement, 1954.
- BERAUD (Roger). — Comment sont évalués fonds de commerce et d'industrie, titres non cotés, clientèles civiles et indemnités d'éviction, 1955.
- BLAISE (Henry). — La notion de dividende fictif, in *Le droit pénal spécial des sociétés anonymes, Etudes de droit commercial sous la direction et avec une préface de Joseph HAMEL*, p. 276-310, 1955.
- BOITARD. — La limitation des bénéfices commerciaux, préface Ripert, 1944 (prix Rossi).
- BRUZIN (André). — Jurisclasseur sociétés, t.VI bis, fasc. 148-1 «Les dividendes fictifs».
- CAPITANT (Henri). — De la cause des obligations, 2^e éd., 1924.
- COMMISSAIRE (Le) aux Comptes dans les sociétés françaises (publication de l'ordre des experts-comptables et des comptables agréés), Paris, 1962.
- CONSTANTIN (Léon) et GAUTRAT (Albert). — L'imputation des dividendes sur les réserves et la notion de dividendes fictifs, 1944.
- DECUGIS (H.) — Les actions de priorité, 3^e éd., Paris, 1911.
- DELAPORTE. — Les nouvelles règles des commissaires et les délits les concernant, 1937.
- DEPREZ (Jean). — L'élément intentionnel dans les délits relatifs au bilan, in *Le droit pénal spécial des sociétés anonymes, ouvrage collectif précité*, p. 240-275.
- DERRUPPE (J.). — La clause d'intérêts fixes, in *Dix ans de conférences d'agrégation, Etudes de droit commercial offertes à Joseph HAMEL*, p. 179 et s., 1961.

- DUPEYROUX (H.). — Sur la généralité de la loi, in *Mélanges R. CARRE de MALBERG*, p. 137-161, 1933.
- GARNIER (Pierre). — Technique comptable approfondie. La comptabilité algèbre du droit et méthode d'observation des sciences économiques, 1947.
- GAVALDA (Christian). — Les délits concernant les fausses déclarations et majorations frauduleuses d'apport, in *Le droit pénal spécial des sociétés anonymes*, ouvrage collectif précité, p. 17-70.
- GORE (François). — La comptabilité commerciale et le droit, in *Dix ans de conférences d'agrégation*, op. cit., p. 89-100.
- GOYET (F.). — Le Ministère public en matière civile et en matière répressive et l'exercice de l'action publique, 3^e éd., par ROUSSELET et PATIN, 1953.
- GRANDS (Les) ARRETS de la jurisprudence commerciale, t. 2 de la bibliothèque de droit commercial dirigée par R. HOUIN, 1962.
- HAMEL (Joseph). — La limitation des dividendes et des tantièmes, A.N. S.A. 1941, br. 40.
— Préface, in *Le droit pénal spécial des sociétés anonymes*, ouvrage collectif précité, p. 5-13.
- HEMARD (J.). — Les sanctions pénales en droit privé, in *Travaux et Mémoires de l'Université de Lille*, XXI, 1946.
- HUSSON (P.). — Le langage comptable, 1956.
- LAGARDE (Gaston) — Le statut des commissaires dans les sociétés par actions (publication de l'A.N.S.A. br. 6), 1936, et in *Travaux juridiques et économiques de l'Université de Rennes*, 1937, p. 184.
— De la société anonyme à l'entreprise publique, in *Le Droit privé français au milieu du XX^e siècle*, *Mélanges RIPPERT*, t.II p. 296-318, 1950.
- LARGUIER (Jean). — Mauvaise foi et faux bilan, in *Dix ans de conférences d'agrégation*, op. cit., p. 291-300.
- LECERCLE (Marcel). — Le prélèvement temporaire sur les excédents de bénéfice (publication de l'A.N.S.A., br. 43), 2^e éd. 1941.
- LE POITTEVIN. — Répression et comptabilité, 1953.
- LESCŒUR. — Essai historique et pratique sur la législation des sociétés commerciales en France et à l'Étranger, 1874, publication d'un mémoire couronné par la Faculté de droit de Paris.
- MAGNOL (Joseph). — De la compétence des juridictions répressives pour connaître de l'action civile et des conditions de recevabilité de cette action devant ces juridictions, in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle*, op. cit., t.II, p. 208-236.
- MASCLET (Jean). — La mathématique, la comptabilité et le droit patrimonial. Communication faite le 8 novembre 1960 à l'Académie de comptabilité de France, Paris, 1961.
- MAYER (Bernard). — La pratique comptable et les articles 34 et 35 de la loi du 24 juillet 1867. Présentation du compte de pertes et profits aux assemblées générales d'actionnaires dans les sociétés anonymes, 1962.

- MICHOUD (Léon) et TROTABAS (Louis). — La théorie de la personnalité morale, 2 vol., 3^e éd., 1932.
- PATARIN (Jean). — Le particularisme de la théorie des preuves en droit pénal, in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, Etudes de droit criminel sous la direction et avec une préface de G. STEFANI, p. 7-76, 1956.
- PICARD (Roger). — Note sur la définition des « filiales », in *Mélanges CAPITANT*, 1939, p. 621.
- POLTI (Maurice). — Le foisonnement des lois (publication de l'A.N.S.A. br. 79), 1955.
- RETAIL (Léon). — L'évaluation des entreprises, 5^e éd., 1963.
— Les titres de sociétés et leur évaluation, 1961.
- RIPERT (Georges). — L'ordre économique et la liberté contractuelle, in *Mélanges GENY*, t.II 1935, p. 347-353.
— Aspects juridiques du capitalisme moderne, 2^e éd., 1951.
— Les forces créatrices du droit, 1955.
- SCHAEFER (E.). — La faute de la victime et la réparation, in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, op. cit., 377-415.
- SCHWING (Alfred). — La nature juridique et le régime fiscal des parts bénéficiaires, 1957.
- SOLUS (Henry). — La réforme du droit des sociétés par les décrets-lois de 1935 et 1937, 1938.
- SOYER (Jean-Claude). — Les délits relatifs au bilan, in *Le droit pénal spécial des sociétés anonymes*, op. cit., p. 215-239.
- TOUSSAINT (P.). — L'amortissement industriel, 1953.
- VALERY (Jules). — Comment s'est formée la théorie de la personnalité des sociétés commerciales, in *Mélanges GENY*, t.I, 1935, p. 100-104.
- VILLARD (Henri). — De la fraude dans les bilans, 1932.
- VITU (André). — La définition et le contenu du droit pénal économique, in *Dix ans de conférences d'agrégation*, op. cit., p. 71-80.

★ ★

ARTICLES ET CHRONIQUES

- AUTESSERE (Jean). — De la licéité de la libre constitution des réserves par les sociétés, *Rev. Soc.* 1960, p. 1.
- BASTIAN (Daniel). — La survie de la personnalité morale des sociétés pour les besoins de leur liquidation, *Journ. Soc.* 1937, p. 1 et 65.

- BENOIT (Francis-Paul). — Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et droit privé (problèmes de causalité et d'imputabilité), J.C.P. 1957. I. 1351.
- BERAUD (Roger). — L'élément moral des infractions, Rep. Commaille, 1954, p. 125.
- BLANCHER (R.). — La notion fiscale de bénéfices distribués, Gaz. Pal. 1951 I. Doctr. 16.
- BOSVIEUX (H.). — Nullité d'une société anonyme ; responsabilité des fondateurs et administrateurs, Journ. Soc. 1910, p. 49.
- CACHIA (Michel). — La règle « Le criminel tient le civil en état » dans la jurisprudence, J.C.P. 1955. 1245.
- CHAVANNE (Albert). — Les effets du procès pénal sur le procès engagé devant le tribunal civil, Rev. sc. crim. 1954, p. 239.
- COPPER-ROYER. — Du délit de bilan faux, Rev. sp. Soc. 1936, p. 898.
— De la solidarité des administrateurs, Rev. sp. Soc. 1938, p. 493.
— Les attributions nouvelles et les responsabilités des commissaires aux comptes, Rev. sp. Soc. 1939, p. 1 et 69.
- CORDONNIER (Paul). — Des nouveaux délais limitant l'exercice de l'action en responsabilité contre les administrateurs, Journ. Soc. 1939, p. 257.
— Augmentations de capital « sans apports extérieurs », D. 1948, Chron. p. 9.
- COURTOIS (P.). — Le projet de réforme fiscale et l'imposition des revenus distribués, Gaz. Pal. 1959. 2. Doctr. 28.
— Le nouveau régime fiscal des revenus mobiliers, Gaz. Pal. 1960. I. Doctr. 14.
- DALSACE (A.). — De la relativité de la notion de fixité du capital social, Rev. Soc. 1947, p. 75.
— L'unification de la prescription de l'action en responsabilité contre les gérants et administrateurs des sociétés par actions, Rev. Soc. 1950, p. 1.
— La transformation des réserves en actions et les droits des porteurs de parts, Rev. Soc. 1950, p. 239.
— A propos des rapports entre le droit des sociétés, la comptabilité et les mathématiques, Rev. trim. dr. com. 1950, p. 173.
— Evolution du contrôle des sociétés anonymes en France, Rev. Soc. 1953, p. 120.
- DEBESE (Pierre). — Les ayants droit à la réserve spéciale de réévaluation, J.C.P. 1947. I. 641.
- DÉCUGIS (Henri). — L'action sociale et l'action individuelle, Journ. Soc. 1914, p. 337 et 385.
— La responsabilité solidaire des administrateurs des sociétés anonymes, Journ. Soc. 1935, p. 1.
- DELAVALLE. — A propos du mot amortissement, Rev. compt. Décembre 1922.
- ESMEIN (Paul). — La faute et sa place dans la responsabilité civile, Rev. trim. dr. civ. 1949, p. 481.

- FREYRIA (Charles). — L'application en jurisprudence de la règle « *electa una via* », Rev. sc. crim. 1951, p. 213.
- GARNIER (J.). — La partie civile au procès pénal, Rev. sc. crim. 1958, p. 1.
- GIVERDON (Claude). — Les délits et quasi-délits commis par le commerçant dans l'exercice de son commerce, Rev. trim. dr. com. 1953, p. 855.
— L'action individuelle des membres d'un groupement, J.C.P. 1955. I. 1244.
- GULPHE (Pierre). — La distinction entre coauteurs et complices, Rev. sc. crim. 1948, p. 665.
- GUYENOT (Jean). — L'évaluation des titres non cotés en Bourse, Rev. trim. dr. com. 1955, p. 251.
- HAMEL (Joseph). — La responsabilité individuelle ou solidaire des membres du conseil d'administration dans les sociétés anonymes, Rev. Soc. 1923, p. 132.
— Observations sur les parts de fondateur, Ann. dr. com. 1924, p. 173.
— La réglementation du bilan dans les sociétés par actions, Ann. dr. com. 1931, p. 283, et 1932, p. 5.
— Les pouvoirs du président et du directeur général des sociétés anonymes d'après la loi du 4 mars 1943, Gaz. Pal. 1943. 2. Doctr. 59.
— La personnalité morale et ses limites, D. 1949, Chron., p. 141.
— La protection des minorités dans les sociétés anonymes, Rev. Intern. dr. comp. 1951, p. 677.
- HORACE (A.). — Le plan comptable officiel de 1947, Journ. Soc. 1948, p. 216.
- HOUIN. — La pluralité des gérants d'une S.A.R.L. La société à responsabilité limitée, 1949, n° 1.
- HOUPIN (C.). — Distribution des réserves, Journ. Soc. 1901, p. 48.
- HUGUENEY (Louis). — De la complicité des commissaires aux comptes dans les délits relatifs au bilan, Rev. trim. Soc. 1938, p. 149.
- JACOB (J.-D.). — Les réserves dans les sociétés anonymes, Rev. Soc. 1957, p. 1, 123, 359 ; 1958, p. 1, 119, 240 ; 1959, p. 20.
- JAUBERT (Pierre). — De l'utilisation des réserves dans les sociétés par actions, Rev. Soc. 1945, p. 1.
- JULLIOT de la MORANDIERE (Léon). — Droit et comptabilité, Rev. franç. compt. 1961, p. 197.
- LACAN (Roger-Adolphe). — L'action sociale exercée ut singuli, Rev. Soc. 1946, p. 223.
- LAGARDE (Gaston). — Commentaire de la loi du 16 novembre 1940, S. 1941. 653.
- LARGUIER (Jean). — L'action publique et l'action civile dans le Code de procédure pénale, J.C.P. 1959. I. 1495.
- LEBLOND (Jean). — De l'évaluation des titres cotés en bourse ou en banque et du délit de bilan inexact et de distribution de dividendes fictifs, Journ. Soc. 1938, p. 449.

- De la nullité des sociétés à responsabilité limitée et de la responsabilité qui en découle, *Rev. trim. dr. com.* 1951, p. 438.
- Les pouvoirs respectifs de l'Assemblée générale, du Conseil d'administration, du Président-Directeur général et du Directeur général-adjoint dans la doctrine institutionnelle, *Gaz. Pal.* 1951. I. Doctr. 29.
- LEFAIVRE. — La responsabilité des administrateurs de sociétés anonymes en cas de faillite, *Gaz. Pal.* 1951. I. Doctr. 34.
- LEVASSEUR (G.) — Les personnes morales victimes, auteurs, ou complices d'infractions, *Rev. dr. pén. et crim.* 1955, p. 827.
- LOUSSOUARN (Yvon). — La condition d'erreur du « solvens » dans la répétition de l'indu, *Rev. trim. dr. civ.* 1949, p. 212.
- MACK (Edouard). — Inventaires et bilans, *Rev. Soc.* 1905, p. 104.
- MARTY (Gabriel). — La relation de cause à effet comme condition de la responsabilité civile, *Rev. trim. dr. civ.* 1939, p. 685.
- MAZEAUD (Henri). — La lésion d'un « intérêt légitime juridiquement protégé », condition de la responsabilité civile, *D.* 1954, *Chron.*, p. 39.
- MAZEAUD (Léon). — De la pluralité des directeurs généraux adjoints des sociétés anonymes, *J.C.P.* 1951. I. Doctr. 903.
- MICHEL (J.). — La loi du 4 mars 1943, *Gaz. Pal.* 1943. I. Doctr. 39.
- MOLIERAC (Jean). — Le délit du bilan mensonger, *Rev. Soc.* 1936, p. 143.
— De la cause d'intérêts fixes dans la société en commandite, *Rev. Soc.* 1938, p. 113.
- OLLIER (Paul-Dominique). — Le directeur général adjoint de la société anonyme, *Rev. trim. dr. com.* 1961, p. 533.
- PATIN (M.). — L'action civile devant les tribunaux répressifs, *Rev. Gén. des lois*, 1957, p. 8.
- PERNOT (A.). — De la nature juridique des primes d'émission d'actions, *Rev. Soc.* 1950, p. 233.
- PEYTEL (Adrien). — La responsabilité des administrateurs et la prescription triennale, *Gaz. Pal.* 1949. II. Doctr. p. 57.
- PEYTEL (Adrien) et HEYMANN (Georges). — De l'abus de droit dans les sociétés commerciales, *Gaz. Pal.* 1951. I. Doctr. p. 50.
- PIC (Paul). — Du contrat d'association et du contrat de Société, *Rev. trim. dr. civ.* 1906, p. 471.
— Le problème de la gestion collective dans les sociétés à responsabilité limitée, *D.H.* 1928, *Chron.* p. 78.
— Responsabilité des administrateurs d'une société anonyme en cas de faillite, *J.C.P.* 1941. II. 11210.
- PIC et CONSTANTIN. — Nature du droit au dividende voté par l'assemblée générale mais non encore mis en distribution, *Rev. trim. Soc.* 1935, p. 293.
- PINOTEAU (Charles). — Des conséquences de la distribution de la réserve spéciale de réévaluation au point de vue pénal, *Gaz. Pal.* 1951. 2. Doctr., p. 48.

- PLAISANT (R.). — Le principe de la fixité du capital social et la notion de bénéfice, *Journ. Soc.* 1946, p. 333.
- PLANIOI (Marcel). — Etude sur la responsabilité civile, *Rev. crit.* 1905, p. 177 ; 1906, p. 80.
- ROCHE (J.). — La notion de revenu distribué dans l'imposition du revenu des valeurs mobilières, *Rev. sc. et lég. fin.* 1955, p. 319.
- ROUSSEAU (J.). — Les modifications apportées au régime des S.A.R.L. par le décret du 9 août 1953, *J.C.P.* 1953. 1. 1129.
- SAVATIER (René). — Vocation de la comptabilité au regard du droit d'aujourd'hui, *Rev. Franç. compt.* 1960, p. 247.
- TCHERNOFF (J.). — Le décret-loi du 31 août 1937 et la responsabilité des administrateurs des sociétés anonymes, *Chron. D. H.* 1938, p. 5.
- THALLER (Edmond). — Amortissement et fonds de réserve, *Ann. dr. com.* 1895, p. 242.
— A propos des actions de jouissance, *Journ. Soc.* 1906, p. 481.
— De l'augmentation du capital par transformation en actions soit du passif soit des réserves de la société, *Ann. dr. com.* 1907, p. 194.
— Des divers emplois possibles de priorité, *Journ. Soc.* 1912, p. 394.
— Sur l'action sociale et l'action individuelle, *Ann. dr. com.* 1913, p. 223.
- THENARD (R.). — La validité de la clause d'intérêts fixes payables en cas d'absence de bénéfices, *Journ. Soc.* 1939, p. 193.
- THOMAS (C.). — La distinction des obligations de moyen et des obligations de résultat, *Rev. crit.* 1937, p. 636.
- TOUJAS (G.). — De la prescription en matière commerciale (loi du 18 août 1948, art. 189 bis C. com.), *J.C.P.* 1949. 1. 478.
- TUNC (A.). — La distribution des obligations de résultat et des obligations de diligence, *Sem. jur.* 1945. 1. 449.
— L'effacement des organes légaux de la société anonyme, *D.* 1952, *Chron.* 73.
- VANARD (R.). — L'évaluation des titres non cotés, *Rep. prat. not.* 1949, p. 161.
- VERBYST (Fernand). — La nouvelle responsabilité civile des administrateurs et gérants de sociétés, *Gaz. Pal.* 1955. 2. Doctr. 34.
- VINCENT (Jean). — L'extension en jurisprudence de la notion de solidarité passive, *Rev. trim. dr. civ.* 1939, p. 601.
— La nature des prérogatives conférées à l'actionnaire sur le dividende voté par l'assemblée générale, *Rev. Gén. dr. com.* 1939, p. 257.
- WAHL (Albert). — Le droit des actionnaires au dividende voté par l'assemblée générale, *Journ. Soc.* 1934, p. 145.

NOTES DE JURISPRUDENCE

- BASTIAN. — J.C.P. 1943. II. 2120 (Cass. crim., 17 juin 1942)
J.C.P. 1943. II. 2332 (Cass. crim., 10 nov. 1942)
Sem. jur. 1944. II. 2516 (Cass. civ., 28 juin 1943)
J.C.P. 1944. II. 2534 (Paris, 12 avr. 1943)
J.C.P. 1949. II. 4937 (Cass. com., 10 mai 1948)
- BATIFFOL. — S. 1933. I. 137 (Cass. civ., 21 oct. 1931)
- BEUDANT. — D. 1867. I. 193 (Cass. civ., 8 mai 1867)
- BOISTEL. — D.P. 1889. 2. 265 (Paris, 20 janv. 1888)
D.P. 1882. 2. 33 (Lyon, 28 janv. 1890)
- BOSVIEUX. — Journ. Soc. 1931, p. 222 (Paris, 24 févr. 1931)
- BOURCART. — S. 1918-1919. 2. 49 (Caen, 26 juin 1912)
S. 1920. I. 289 (Cass. Req., 10 déc. 1918)
S. 1921. I. 257 (Cass. civ., 8 juill. 1919)
- BOUZAT. — Rev. trim. dr. com. 1952, p. 434 (Trib. corr. Seine, 25 juin 1951)
J.C.P. 1961. II. 12136 (Cass. crim., 29 nov. 1960)
- CHERON. — D.P. 1912. I. 521 (Cass. Req., 3 avr. 1912)
D. 1913. I. 33 (Cass. civ., 20 déc. 1911)
D. 1913. I. 177 (Cass. civ., 22 oct. 1912)
D. 1946. 129 (Cass. crim., 1^{er} mars 1945)
- CONSTANTIN. — Rev. trim. Soc. 1937, p. 313 (Cass. crim., 22 janv. 1937)
Rev. trim. Soc. 1938, p. 460 (Trib. corr. Seine, 7 avr. 1938)
- COPPER-ROYER. — Rev. sp. Soc. 1936, P. 454 (Cass. crim., 28 mars 1936)
Rev. sp. Soc. 1937, p. 583 (Cass. Crim., 22 janv. 1937)
- CORDONNIER. — D.P. 1932. I. 145 (Cass. crim., 11 juill. 1930)
D.P. 1933. I. 100 (Cass. civ., 21 oct. 1931)
- DALSACE. — D. 1957. 705 (Cass. crim., 18 déc. 1956)
S. 1959. 134 (Paris, 28 avr. 1959)
Rev. Soc. 1960, p. 146 (Paris, 28 févr. 1959)
S. 1961. 257 (Cass. com., 18 avr. 1961)
D. 1963. 309 (Bourges, 11 déc. 1962)
- ESMEIN. — S. 1924. 2. 41 (Trib. corr. Seine, 4 juill. 1923)
- GARRAUD (P.). — J.C.P. 1943. II. 2321 (Paris, 10 déc. 1942)
- GARRAUD (R.). — D. P. 1886. I. 89 (Cass. crim., 9 mai 1885)
- GENY. — S. 1930. I. 361 (Cass. Req., 5 mars 1930)
- GORE. — D. 1956. I. 223 (Douai, 1^{er} déc. 1955)
- HAMEL. — D. 1928. 3. 5. (Cons. d'Etat, 24 mars 1926)
- LABBE. — S. 1885. I. 97 (Cass. Req., 3 déc. 1883)
- LAGARDE. — D. 1957. 715 (Douai, 11 juill. 1957)

- LECOMPTE. — Journ. Soc. 1933, p. 529 (Cass. crim., 31 mars 1933)
Journ. Soc. 1938, p. 279 (Cass. crim., 22 janv. 1937)
Journ. Soc. 1939, p. 462 (Trib. Seine, 7 avr. 1938)
Journ. Soc. 1943, p. 264 (Cass. crim., 17 juin 1942)
- LEGAL. — S. 1938. I. 297 (Cass. crim., 22 janv. 1937)
S. 1944. I. 141 (Cass. crim., 17 juin 1942)
- LEREBOURS-PIGEONNIERE. — D. 1942. 96 (Cass. civ., 25 fév. 1942)
- LESCOT. — S. 1931. I. 137 (Cass. Req., 11 juill. 1928)
J.C.P. 1952. II. 7180 (Cass. com., 4 août 1952)
- LEVILLAIN. — D. 1909. 2. 257 (Paris, 31 janv. 1908)
- LYON-CAEN. — S. 1900. I. 65 (Cass. Req., 25 oct. 1899)
S. 1911. I. 5 (Cass. civ., 15 nov. 1910)
- MARTINE. — D. 1959. 353 (Paris), 28 fév. 1959)
- PALMADE. — D. 1914. 2. 161 (Caen, 26 juin 1912)
- PERCEROU. — D. P. 1904. 2. 17 (Lyon, 20 fév. 1903)
D. 1912. I. 97 (Cass., 15 nov. 1910)
- PERROUD. — S. 1911. I. 105 (Cass. Req., 26 janv. 1910)
S. 1913. 2. 209 (Lyon, 14 fév. 1913)
- PIC. — D. 1893. 2. 249 (Paris, 31 mai 1892)
D. 1930. 2. 121 (Riom, 22 nov. 1928, et Trib. com. Toulouse, 19 déc. 1929)
D. 1938. 2. 49 (Lyon, 15 mars 1935)
- PLAISANT. — S. 1947. I. 45 (Cass. Req., 30 oct. 1945)
S. 1950. I. 77 (Cass. com., 10 mars 1948)
- RAULT. — Rev. trim. dr. com. 1948, p. 443 (Cass. com., 20 janv. 1948)
Rev. trim. dr. com. 1949, p. 487 (Cass. com., 10 mai 1948)
Rev. trim. dr. com. 1952, p. 119 (Trib. corr. Seine, 25 juin 1951)
- RIPERT. — Rev. Soc. 1948, p. 405 (Cass. com., 20 janv. 1948)
- ROUSSEAU. — S. 1935. I. 89 (Cass. Req., 5 juill. 1933 et 29 oct. 1934)
- SARRUT. — D.P. 1893. I. 50 (Cass. crim., 24 avr. 1891)
- SOLUS. — J.C.P. 1943. II. 2327 (Paris, 25 févr. 1943)
J.C.P. 1948. II. 4510 (Cass. com., 20 janv. 1948)
- SINAY. — S. 1948. I. 153 (Cass. com., 20 janv. 1948)
- TCHERNOFF. — D.P. 1937. I. 71 (Cass. crim., 22 janv. 1937)
- THALLER. — D.P. 1886. 2. 136 (Lyon, 12 mars 1885)
D. 1900. I. 369 (Cass. civ., 7 nov. 1899)
D.P. 1913. I. 377 (Cass. civ., 26 nov. 1912)
- VIENOT. — Journ. Soc. 1921, p. 462 (Trib. com. Seine, 6 mai 1920)
Journ. Soc. 1923, p. 509 (Trib. corr. Seine, 4 juin 1923)
- WAHL. — S. 1901. I. 537 (Cass. crim., 21 juill. 1898)
S. 1901. I. 513 (Cass. civ., 7 nov. 1899)
D. 1912. 2. 65 (Paris, 22 mars 1911)
-

INDEX ALPHABETIQUE

Les chiffres renvoient aux pages et aux notes (n); quand il y a plusieurs pages pour un même mot, l'astérisque indique celle où la question est spécialement traitée. Les mots en italiques renvoient à un autre mot-clef.

A

ABUS (usage abusif) DES BIENS OU DU CRÉDIT DE LA SOCIÉTÉ : 10.

ABUS DE DROIT (détournement de pouvoir) : 92.

ACCESSOIRE (théorie de l') : 189.

ACOMPTE (sur dividende) : 84, 89* et s., 131.

ACQUISSEMENT : 197.

ACTIF : *v. Bilan.*

ACTION EN RÉPÉTITION : 207 et s.
— conditions d'exercice de l' : 211 et s.
— droit d'exercice de l' : 220 et s.
— nature de l' : 207 et s.

ACTION PUBLIQUE : 132 et s.
— extinction de l' : 136 et s.
— *v. Élément moral, imputation.*

ACTION RÉCURSOIRE : 202.

ACTIONNAIRES : 231.
— information des : 17, 232.
— absentéisme des : 232, 234.
— *v. actions.*

ACTIONS : 207.

— des administrateurs : 161.
— de priorité : 14 et s.
— sans droit de vote : 235.
— droits pécuniaires : 179, 207.

ACTIONS EN RESPONSABILITÉ :

— action individuelle : 174, 180* et s.
— action sociale : 174, 175* et s., 180.
— action ut singuli : 175, 177* et s., 180.
— attribution : 174 et s.
— critère de distinction : 182 et s.
— exercice dans le temps : 186 et s.
— personnes responsables : 191 et s.

ADMINISTRATEURS : 120 et s., 128 et s., 139 et s., 192, 220.

— absentéisme : 130 et s., 202.
— commerçants (non) : 189.
— responsabilité : 146 et s.
— délégués : 191.

AFFAIRES (droit pénal des) : 9.

AGENCEMENTS : 51.

AGENTS DE CHANGE : 232 et s.

AMORTISSEMENTS INDUSTRIELS : 16,

37* et s.

— rôle : 37.

— définition : 38.

— limite : 38.

— caractère obligatoire : 39, 44.

— caractère spécial : 42.

— constant : 39 et s.

— croissant : 40.

— décroissant : 40.

— dégressif : 40 et s.

— variable : 41.

— exceptionnel : 42.

— complémentaire : 40.

— exagérés : 152.

— modification du montant : 42.

— enregistrement comptable : 43.

— *v. Bilan.*

AMNISTIE : 122, 136, 138 et s.

APPEL : 167.

APPORTS : 61 et s.

— évaluation : 34.

— en industrie : 62 et s.

— en nature : 63.

ARRÊTS :

— « Léonard » : 70 et s.

— « Moreau » : 74 et s.

— « Guiraut » : 73 (n).

— « Rouvier » : 76 et s.

— « Vincent » : 77.

— « Mirès » : 78 et s.

**ASSAINISSEMENT DES PROFESSIONS
COMMERCIALES ET INDUSTRIELLES :**

134.

ASSEMBLÉES D'ACTIONNAIRES :

— ordinaires : 70 (n), 73, 92 et
s., 150, 176.

— extraordinaires : 67, 70.

ASSIGNATION : 167, 184.

ASSOCIATION (et société) : 13 (n).

**ASSOCIÉS : v. Les divers types de so-
ciétés et le mot Actionnaires.**

AVEU : 112, 115.

B

BARRAGES : 51.

BÂTIMENTS : 51.

BÉNÉFICES :

— notion : 13 et s., 31 et s., 68
et s., 217.

— ayants-droit : 15.

— détermination : 15 et s., 30 et
s., 87, 230.

— occultes : 11, 74* et s., 229.

— caractères juridiques : 78 et s.

— encaissés : 81 et s.

— réalisation certaine : 82 et s.

BILAN :

— fonction : 15, 32.

— définition : 15.

— actif : 15 et s., 47* et s.

— passif : 15 et s.

— et le droit : 28 et s.

— et l'inventaire : 28.

— principe de la sincérité : 30
et s.

— règles d'établissement : 31 et
s., 234 et s.

— révision : 31, 80 et s.

— applications du principe de la
sincérité : 46 et s.

— immutabilité : 149 et s.

**BONNE FOI : 112 et s., 118, 129 et s.,
205, 212 et s., 226.**

— définition : 130.

— présomption : 214 et s., 218
et s.

BREVETS D'INVENTION : 52.

C

CAISSE (compte de) : 81 et s.

CANAUX : 57.

CAPITAL ÉCONOMIQUE : 36.

CAPITAL SOCIAL : 16.

— principe de la fixité : 65 et s.*,
86 et s.

- notion : 61 et s.
- définition : 62.
- réduction : 69, 78, 86 et s.
- — créanciers antérieurs : 67.
- augmentation par incorporation des réserves : 64 et s.
- reconstitution : 67 et s.

CAPITAL VARIABLE : 66.

CAUSALITÉ (lien de) : 172* et s., 204.

CAUSE (théorie de la) : 209.

CAUTIONNEMENTS : 53.

CHANGE : 45, 60.

CHARGES : 46, 86, 225.

- par nature : 34.
- par destination : 34.
- méthodes d'imputation : 34.

CHÈQUES : 95.

CHERON : 183.

CHOSE JUGÉE (autorité de la) : 197 et s.

CIRCONSTANCES :

- atténuantes : 131, 136.
- aggravantes : 135 et s.

CLAUSES D'AVIS OU D'AUTORISATION : 193 et s.

COMMISSAIRES DE SURVEILLANCE : 123, 192 et s., 221, 231, 233 et s.

- rapport général : 17, 150, 192, 233.
- rapport spécial : 150.
- sociétés à responsabilité limitée : 192.

COMMISSAIRES AUX COMPTES : 123 et s., 150, 192, 233 et s.

COMMISSAIRES AUX COMPTES AGRÉÉS : 234.

COMPAGNIE DE FINANCES : 21.

COMPENSATION : 96, 210.

COMPÉTENCE : 188 et s., 222 et s.

- ratione materiæ : 189.
- ratione personæ : 190.

COMPLICITÉ : 121* et s., 138.

- v. *personnes punissables*.

COMPTABILITÉ :

- infractions aux règles de la : 10.
- but : 15.
- et le droit : 30 et s., 231.
- v. *Bilan, Inventaire, Compte de pertes et profits, Compte d'exploitation générale*.

COMPTE COURANT : 95.

COMPTE D'EXPLOITATION GÉNÉRALE : 15, 42.

COMPTE DE PERTES ET PROFITS : 15, 86 et s.

- immutabilité : 149 et s., 230.

CONCESSIONS : 52.

CONJONCTURE ÉCONOMIQUE : 154, 231.

CONSEIL D'ADMINISTRATION : 93 et s., 120, 163, 191.

- v. *Administrateurs, Président-directeur général, Directeurs*.

CONSEIL DE GÉRANCE : 120.

CONSTRUCTIONS : 51.

COPPER-ROYER : 176.

COURS DU JOUR : 35 et s.

COURTIERS : 232 et s.

CRÉANCES : 45, 53, 58* et s.

CRÉANCES EN MONNAIES ÉTRANGÈRES : 60.

CRIMINALITÉ :

- propre : 119 et s.
- d'emprunt : 121 et s.

CULPABILITÉ : 97 et s., 118 et s.

- v. *Faute, Mauvaise foi*.

D

DÉFENSE : 167, 193* et s.

DÉLITS :

- continus ou successifs : 138, 140.
- instantanés : 138.
- dans la recherche du capital social : 10.
- dans l'affirmation ou à l'occasion de l'évaluation du capital social : 10.
- d'émissions d'actions : 10.
- d'escroquerie : 23* et s., 90.
- du bilan inexact : 25* et s., 108 et s.
- de simulation et publication de faits faux : 25, 108.
- de distribution de dividendes fictifs :
 - — historique : 21 et s.
 - — éléments matériels : 27 et s.
 - — élément moral : 97 et s.

DEMI-PRODUITS : 36.

DÉPÔTS : 53.

DÉSISTEMENT :

- d'action : 196.
- d'instance : 196 et s.

DESSINS : 52.

DIRECTEURS :

- général : 191.
- général-adjoint : 120 et s., 191 et s.
- commercial : 124.
- technique : 124.
- financier : 124.

DIVIDENDE :

- définition : 12.
- droit au : 12 et s., 91 et s., 210, 223.
- montant : 14 et s.

— paiement : 89 et s., 93* et s., 139 et s.

— imputation sur les réserves : 69 et s.

DIVIDENDES FICTIFS :

- notion : 60* et s., 98, 216 et s.
- date de la fictivité : 109 et s.

DISTRIBUTION DE DIVIDENDES FICTIFS : 83 et s.

- conséquences : 11, 73.
- motifs : 11.
- procédés : 11 et s., 26.
- contraires aux résultats constatés par l'inventaire : 29, 213 et s.
- ajournement : 42, 91 et s.
- effective : 83 et s., 93* et s., 110 et s.
- date : 91 et s.
- forme : 84 et s.
- tentative : 83 et s.

DOL :

- général : 99 et s., 112 et s.
- spécial : 103 et s.

DOMMAGE : 144 et s., 171* et s.

- indivisibilité : 164.
- certain : 172.
- direct : 173.
- causalité : 173 et s.
- appréciation : 172, 201 et s.
- étendue : 184 et s.
- réparation : 186 et s.
- — intégrale : 200 et s.
- — partielle : 203 et s.
- — refus : 205 et s.

DOUTE (au bénéfice du) : 117 et s., 126, 131 et s.

DROIT : 10.

- ignorance : 99* et s., 125.
- erreur : 125 et s.

DROIT ÉCONOMIQUE : 10.

E

ÉCONOMIE DIRIGÉE : 9.

EFFETS DE COMMERCE : 58 et s.

ÉGALITÉ (principe de l') : 14 (n), 17.

ÉLÉMENT MORAL (responsabilité pénale) : 97 et s.

EMBALLAGES COMMERCIAUX : 58.

EMPLOYÉS SUPÉRIEURS : 125.

ÉPARGNE (protection de l') : 9 et s., 16 et s., 143 et s., 154, 232 et s.

ERREUR : 210.

— v. *droit*.

ESCOMPTE : 58.

ESCROQUERIE : v. *Délits*.

EXCEPTIONS : 167, 193.

EXERCICES FINANCIERS (sociétés) :

— indépendance : 35, 43 et s., 68.

— fondement : 13.

— définition : 16.

— durée : 16.

— travaux de fin d' : 16 et s.

ÉVALUATIONS : 16, 31, 46 et s., 231.

— sincérité : 32.

— systèmes : 32 et s.

— v. *Amortissements industriels, Bénéfices, Bilan, Inventaire, Compte de pertes et profits, Provisions, Valeur*.

F

FAILLITE : 146 (n), 177, 180, 221.

FAUTE : 169 et s., 198 et s., 204 et s.

— simple : 100 et s.

— intentionnelle : 100 et s.

— définition : 148.

— appréciation : 115 et s., 151, 170, 206.

— théorie de la : 145 et s.

— commune : 163, 203.

— indivisible : 166.

— immédiate (théorie de la) : 173.

— équivalence (théorie de l') : 174.

— de la victime : 203 et s.

FILIALES (sociétés) : 54.

FINANCEMENT DES ENTREPRISES : 37.

FINANCIER :

— droit pénal : 10.

— amortissement : 38.

— questions : 132, 154.

— v. *dividende, trésorerie*.

FINS DE NON RECEVOIR : 193 et s.

FISCALITÉ : 11.

— v. *Impôts*.

FONDS DE COMMERCE : 45, 52, 66.

FONDS DE ROULEMENT : 50.

FORCLUSION : 188.

FRAIS :

— d'établissement : 48* et s., 68 et s.

— de pré-exploitation : 126.

— généraux : 48 et s., 86 et s., 90, 126, 227.

FRUITS CIVILS : 207, 218 et s.

G

GÉRANTS : 120 et s., 127 et s., 146 et s., 220 et s.

GESTION :

— acte de : 155 et s.

— caractère collectif de la : 163 et s.

— fautes de : 153 et s.

— réglementation de la : 158.

H

HISTOIRE (sociétés commerciales) :
21 et s., 158.

HAMEL : 106, 164.

I

IMMEUBLES : 50, 57.

IMMOBILISATIONS : 46, 50* et s.

- corporelles : 51.
- incorporelles : 52.

IMPÔTS :

- à payer : 46.
- restitution : 227.
- acquittement : 228.
- sur le revenu des valeurs mobilières : 228.

IMPUTATION (responsabilité pénale) :
118 et s.

INCORPORATION DE RÉSERVES AU CAPITAL : v. *Réserves*.

INDU : 208 et s.

- conditions de répétition de l' :
209 et s.

INSTALLATIONS : 36.

INTENTION DÉLICTEUSE : 97 et s.

INTÉRÊTS FIXES (clause): 84* et s.,
217, 225.

- légitimité de la clause : 85 et s.
- modalités de la clause : 85.
- conditions de validité de la clause : 86 et s.

INTÉRÊTS INTÉRIMAIRES OU INTERCALAIRES (clause): 87 et s.

- nature : 88.
- conditions de validité de la :
88 et s.

INTIME CONVICTION (système de l') :
115 et s.

INVENTAIRE :

- définition : 28.
- confection : 31.
- comptable : 16.
- physique dit extra-comptable :
16.
- frauduleux : 29 et s.
- absence : 29, 114* et s.
- et le droit : 28 et s., 230 et s.

J

JETONS DE PRÉSENCE : 90.

JUGEMENT :

- déclaration de - commun : 164.
- motivation : 116 et s.

L

LÉGAL : 73.

LÉGISLATEUR MODERNE :

- tendance : 9.
- réglementation des bilans :
234 et s.
- contrôle des sociétés : 232 et s.

LIBERTÉ : 100, 113.

LIBERTÉ DU COMMERCE ET DE L'INDUSTRIE : 21.

LICENCES : 52.

LIQUIDATEURS : 121, 176, 220 et s.

LITIGES : 46, 60.

LOGIQUE JURIDIQUE : 116 et s.

LOI :

- généralité : 107.
- violation : 148 et s.

LYON-CAEN ET RENAULT : 218.

M

MANDAT : 155, 157 et s., 162.

MANŒUVRES FRAUDULEUSES : 23 et
s., 136.

MARCHANDISES : 45, 56 et s., 76.

MARCHÉ DE VALEURS MOBILIÈRES :
233 (n).

MARQUES DE FABRIQUE : 52.

MATÉRIEL : 46, 51.

MATHIEU : 98, 215.

MATIÈRES PREMIÈRES : 56 et s.

MAUVAISE FOI : 98* et s., 129 et s.,
226.

— notion : 99 et s.

— connaissance : 101 et s.

— mobile frauduleux : 103* et s.,
129 et s.

— époque : 109 et s.

— preuve : 112 et s.

— constatation : 115 et s.

MAZEAUD ET TUNC : 159.

MESURES DE SÛRETÉ : 134 et s.

MEUBLES : 50 et s.

MIRAL (DU) : 83.

MOBILIER : 51.

MOINS-VALUE : 36, 44, 68.

N

NAVIRES : 57.

NOVATION : 210.

NULLITÉS DES SOCIÉTÉS (responsabi-
lité) : 161.

O

OBLIGATIONS : 95 et s.

OFFRE ET DEMANDE (loi économique):
35.

ORGANE :

— responsabilité : 145 et s.

— théorie de l' : 160.

OUVRAGES D'ART : 51.

P

PARTS DE FONDATEUR : 62.

PATRIMOINE SOCIAL : 66 et s.

PEINES : 133 et s.

— principe de la personnalité
des : 120, 136.

— principales : 133 et s.

— complémentaires : 133 et s.

— accessoires : 134 et s.

— aggravées : 135.

— prescription : 137.

PÉNALITÉ (emprunt de) : 121.

PERSONNES PUNISSABLES : 119 et s.

— auteurs principaux : 119 et s.

— complices : 121 et s.

— critère de distinction : 119 (n).

PERTES : 67 et s., 87.

PLAN COMPTABLE : 43, 45, 47.

PLANIOL : 159.

PLUS-VALUE : 36, 78* et s.

PORTS : 57.

PRÉJUDICE : v. *Domage*.

PRÉPOSÉ : 145.

PRÉSIDENT-DIRECTEUR-GÉNÉRAL : 120,
191.

PRESCRIPTION : 122, 136 et s., 186
et s.

— point de départ initial de la :
138* et s., 223.

— délai : 137 et s., 223 et s.

— interruption : 137.

— suspension : 137.

PREUVE :

— moyens de : 105 et s., 112 et s.

— indirecte : 112 et s.

— charge : 113* et s., 118, 156,
202.

— droit à la : 115.

— morale : 116 et s.

— judiciaire : 116.

PRIME D'ÉMISSION DES ACTIONS : 63 et s.

PRIX DE REVIENT (théorie du) : 34 et s.

PRIX DU MARCHÉ : 36 (n).

— v. *Cours du jour*.

PROCÉDÉS DE FABRICATION : 52.

PRODUITS :

— finis : 57 et s.

— semi-ouvrés : 36, 57 et s.

— en cours : 57 et s.

PROVISIONS : 16, 43* et s.

— notion : 43 et s.

— caractère obligatoire : 44 et s.

— pour dépréciation : 45.

— pour pertes et charges : 46.

— exagérées : 152.

— enregistrement comptable : 46.

Q

QUITUS : 186 et s., 195* et s.

— conditions de validité : 195 et s.

R

RECEL DES CHOSSES : 123 et s.

RÉÉVALUATION DES BILANS : 31, 47, 80 et s.

REGISTRE DU COMMERCE : 88.

RÈGLEMENT JUDICIAIRE : 146, 176.

RÈGLES DE DROIT : 9.

RENONCIATION : 195 et s.

RÉPARTITION DE DIVIDENDES : 92 et s.

— nature : 14 et s.

— principe : 12* et s., 207.

— v. *dividende*.

RÉPÉTITION DES DIVIDENDES FICTIFS : 207 et s.

— conditions légales : 211 et s.

— époque : 217 et s.

— v. *action en répétition, dividendes fictifs, distribution de dividendes fictifs, indu.*

RÉPRESSION : 106 et s., 132* et s.

RÉSERVES : 16, 69* et s., 152 et s.

— légale : 70, 150, 152.

— facultatives : 70 et s., 152 et s.

— occultes : 74 et s.

— mathématiques : 74.

— de réévaluation : 80 et s.

— et provisions : 44.

— et amortissements : 38.

— emploi : 70, 77 et s.

— incorporation au capital social : 64 et s.

RESPONSABILITÉ :

— système : 16 et s., 145 et s.

— individuelle : 131.

RESPONSABILITÉ CIVILE : 144 et s.

— domaine : 9.

— fondement : 145.

— principe : 147 et s.

— sources : 148 et s.

— nature : 156 et s.

— contractuelle : 157 et s.

— délictuelle : 158 et s.

— caractère : 160 et s.

— individuelle : 162 et s., 167.

— solidaire : 163 et s.

— in solidum : 165 et s.

— conditions d'existence : 168 et s.

RESPONSABILITÉ PÉNALE :

— objet : 9.

— imputation : 97, 118* et s.

RESTITUTION DES DIVIDENDES : 224 et s.

RESTITUTION DES INTÉRÊTS : 225 et s.

RETRAITES (du personnel): 46.

RISQUE (théorie du): 145 et s.

RISQUES COMMERCIAUX (exclusion aux): 146 et s.

RISQUES SOCIAUX (participation aux): 85, 87.

ROUSSELET ET PATIN : 114, 135.

ROUTES : 57.

S

SOCIÉTÉ :

- association : 13 (n).
- bénéfice : 11 et s., 152 et s.
- prêt : 85.
- personnalité : 66, 185.
- responsabilité : 144 et s.
- nullité : 161.
- dissolution : 121 et s., 176, 180.

SOCIÉTÉS ANONYMES :

- administration : 163, 191.
- fondateurs : 62, 153, 161.
- types : 213 et s., 231.
- appel à l'épargne publique (sociétés faisant): 234.
- v. *Assemblées d'actionnaires, capital, commissaires aux comptes, bilan, inventaire, réserves, administrateurs, président-directeur-général, tantièmes.*

SOCIÉTÉS A CAPITAL VARIABLE : 66.

SOCIÉTÉS A RESPONSABILITE LIMITÉE : 17, 22, 87 et s., 144 et s., 219 et s.

- (associés plus de 20): 192.

SOCIÉTÉS DE PERSONNES : 16, 21 et s., 144 et s., 218 et s.

SOCIÉTÉS PAR ACTIONS : 17, 21 et s., 144 et s., 212 et s., 231.

SOCIO-ÉCONOMIQUE (Droit): 10.

SPÉCULATION : 57, 206.

STATUTS :

- violation : 151 et s.
- clauses : 152 et s.

SUPERDIVIDENDE : 14, 226.

- v. *actions de priorité, dividende.*

STOCKS : 36, 76.

SYNDIC : 177, 180, 221.

T

TANTIÈMES : 44, 84, 90 et s.

TAXE PROPORTIONNELLE : 228 (n).

TCHERNOFF : 103.

TENTATIVE : 84.

- de complicité : 122.
- complicité dans la : 122.

TERRAINS : 45, 51.

THALLER : 62.

TITRES :

- de placement : 45, 54.
- de participation : 45, 53* et s., 104.
- non cotés en bourse : 56.
- non entièrement libérés : 56.
- cotés en bourse : 54.

TRANSACTION : 197.

TRAVAUX : 46.

- en cours : 57 et s.
- publics : 57.

TRÉSORERIE : 81 et s., 92 et s.

V

VALEUR :

- objective : 32 et s.
- subjective : 32 et s.
- commune : 32 et s.
- d'échange : 33 et s., 37.
- d'exploitation : 33.
- de rendement : 32 et s.
- de remplacement : 36 et s.
- d'usage : 33, 37.
- individuelle : 32 et s.
- liquidative : 32 et s.

— raisonnée : 32 et s.

— vénale : 36 (n).

VALEURS :

- corporelles : 50 et s.
- incorporelles : 50 et s.
- immobilisées (autres) : 53 et s.
- d'exploitation : 56 et s.
- réalisables à court terme : 58 et s.
- liquides : 60.

VIREMENT : 95.

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS UTILISÉES	7
INTRODUCTION	9

PREMIERE PARTIE

LA RESPONSABILITE PENALE : LE DELIT DE DISTRIBUTION DE DIVIDENDES FICTIFS	19
---	----

CHAPITRE PREMIER

LES ÉLÉMENTS MATÉRIELS DU DELIT	27
SECTION I. — <i>L'inventaire ou le bilan et le droit</i>	28
§ 1. — Le principe de la sincérité du bilan	30
A. — Le problème de l'évaluation du patrimoine social	32
B. — L'amortissement	37
C. — Les provisions	43
§ 2. — Les applications du principe	46
A. — Les frais d'établissement	48
B. — Les immobilisations	50
C. — Autres valeurs immobilisées	53
D. — Valeurs d'exploitation	56
E. — Valeurs réalisables à court terme ou disponibles	58

SECTION II. — <i>La fictivité du dividende</i>	60
§ 1. — Le principe de la fixité du capital social critère de fictivité	61
A. — La notion de capital social	61
B. — La fixité du capital social	65
C. — La reconstitution du capital social	67
§ 2. — L'imputation du dividende sur les réserves	69
A. — L'affaire « Léonard »	70
B. — L'affaire « Moreau »	74
C. — Jurisprudence actuelle, vue d'ensemble sur le problème de l'imputation	76
§ 3. — Le caractère juridique du bénéfice distribué à titre de dividende	78
A. — Le système de simples plus-values	78
B. — La théorie du bénéfice encaissé	81
C. — La réalisation certaine du bénéfice	82
SECTION III. — <i>La distribution d'un dividende</i>	83
§ 1. — La forme de la distribution de dividendes	84
A. — Les intérêts fixes	85
B. — Les acomptes	89
C. — L'attribution de tantièmes aux administrateurs	90
§ 2. — La date de la distribution de dividendes fictifs	91
A. — La répartition de dividendes	92
B. — La distribution effective	93
§ 3. — Modalités de paiement du dividende fictif	95

CHAPITRE II

L'ÉLÉMENT MORAL ET LE PROBLÈME DE L'IMPUTATION	97
SECTION I. — <i>La mauvaise foi</i>	98
§ 1. — La notion de mauvaise foi	99
A. — Mauvaise foi connaissance	101
B. — Mauvaise foi et mobile frauduleux	103
§ 2. — Époque de la mauvaise foi	109
A. — La date de la confection du bilan	109
B. — La date de la distribution effective	110
§ 3. — La preuve de la mauvaise foi	112
A. — Absence de présomption de la mauvaise foi	112
B. — Constatation de la mauvaise foi	115
SECTION II. — <i>Le problème de l'imputation de la responsabilité pénale</i>	118
§ 1. — Personnes punissables	119
A. — Les auteurs principaux	119
B. — Les complices	121

§ 2. — Cas divers d'imputation de la responsabilité pénale	125
§ 3. — Cas de non imputation	129
SECTION III. — <i>La répression</i>	132
§ 1. — Peines applicables	133
§ 2. — Prescription	136

DEUXIEME PARTIE

CONSEQUENCES CIVILES DE LA DISTRIBUTION DE DIVI- DENDES FICTIFS	141
--	-----

CHAPITRE PREMIER

LA RESPONSABILITÉ CIVILE DU FAIT DE LA DISTRIBUTION DE DIVIDENDES FICTIFS	144
SECTION I. — <i>Fondement de la responsabilité</i>	145
§ 1. — Le principe de la responsabilité	147
A. — Violation de la loi	148
B. — Violation des statuts	151
C. — Fautes de gestion	153
§ 2. — Nature de la responsabilité	156
A. — Responsabilité contractuelle	157
B. — Responsabilité délictuelle	158
§ 3. — Caractère de la responsabilité	160
A. — Responsabilité individuelle	162
B. — Responsabilité solidaire	163
C. — Responsabilité in solidum	165
SECTION II. — <i>Le droit d'action en dommages-intérêts</i>	168
§ 1. — Conditions d'existence de la responsabilité	168
A. — La faute	169
B. — Le dommage	171
C. — Le lien de causalité	172
§ 2. — Attribution de l'action	174
A. — Action sociale	175
B. — Action sociale ut singuli	177
C. — Action individuelle	180
§ 3. — Critère de distinction des actions	182
A. — Critère tiré de la cause de l'obligation	182
B. — Critère dans l'objet et l'étendue du dommage	184

SECTION III. — <i>Réparation du dommage causé par la distribution de dividendes fictifs</i>	186
§ 1. — L'exercice de l'action	186
A. — L'exercice dans le temps	186
B. — Compétence	188
C. — Personnes responsables	191
§ 2. — Fins de non-recevoir	193
A. — Clauses d'avis ou d'autorisation	193
B. — Renonciation	195
C. — L'Autorité de la chose jugée	197
§ 3. — Etendue de la réparation du dommage	200
A. — Réparation intégrale	200
B. — Réparation partielle	203
C. — Refus de toute réparation à la victime	205

CHAPITRE II

LA RÉPÉTITION DES DIVIDENDES FICTIFS	207
SECTION I. — <i>Nature de l'action en répétition</i>	207
§ 1. — Action en comblement d'apport	208
§ 2. — Action en répétition de l'indu	209
SECTION II. — <i>Conditions légales de répétition</i>	211
§ 1. — Régime des sociétés par actions	212
A. — Distribution en l'absence de tout inventaire ou en dehors de ses résultats	213
B. — La fictivité du dividende	216
C. — Epoque de la répétition	217
§ 2. — Régime des sociétés par intérêt	218
§ 3. — Régime des sociétés à responsabilité limitée	219
SECTION III. — <i>L'exercice de l'action en répétition</i>	220
§ 1. — Droit d'exercice de l'action	220
A. — Personnes qui peuvent agir	220
B. — Personnes tenues à la restitution	221
C. — Compétence	222
D. — Prescription	223
§ 2. — Effets de la condamnation à restitution	224
A. — Restitution des dividendes fictifs	224
B. — Rapport des intérêts	225
C. — Conséquences fiscales	226
CONCLUSION	229
BIBLIOGRAPHIE	237
INDEX ALPHABÉTIQUE	253
TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES	263

IMPRIMERIE SAVOYARDE
PONT DE BROGNY
ANNECY

Dépôt légal : 4^e trimestre 1964
N° d'éditeur : 979

